RCyS

REVISTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

Año XXIII | Número 6 | Diciembre 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 noviembre 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 6 | Diciembre 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

DERECHO PRÁCTICO

Comentarios Jurisprudenciales

DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO
Reducción arbitraria de la indemnización. Accidente de tránsito. Muerte del hijo. Improcedencia del reproche moral a los padres. Uso del cinturón de seguridad. Ausencia de nexo concausal. La labor del juez al cuantificar el daño. La reparación de daños en el Código Civil y Comercial. 5

La Corte Suprema y las cuentas matemáticas para cuantificar la incapacidad sobreviniente. Una relación tortuosa con final feliz
Sebastián Picasso..... 22

La cuantificación del daño a la persona en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La trascendencia del caso "Grippo, Guillermo Oscar"
Pascual E. Alferillo 34

DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA
Conducta dilatoria y obstruccionista. Filiación. Derecho a la identidad. Interés superior del niño. Daño moral. Pérdida de chance. Procedencia. 45

Daños y perjuicios devenidos de la falta de reconocimiento filial
Verónica Castro 54

DOCTRINA ESENCIAL

Los daños y perjuicios en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
Julián Emil Jalil..... 81

Los riesgos de desarrollo en el Código Civil y Comercial
Paula María Cicchino..... 99

JURISPRUDENCIA ESENCIAL

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESCRIBANO
Mala praxis. Liquidación de la sociedad conyugal. Falta de asesoramiento. Deberes del escribano. Obligación de resultado. Perspectiva de género. Daño moral 113

RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO VIAL. CASO FORTUITO
Disparo de arma de fuego recibido por un hombre que cambiaba un neumático en la autopista. Rechazo de la demanda de daños. Imposibilidad de cumplimiento objetiva, absoluta y no imputable al obligado. Ausencia de relación causal adecuada 124

ACCIDENTE DEPORTIVO. RELACIÓN DE CONSUMO
Escalamiento. Caída sobre un objeto ajeno. Obligación de seguridad. Responsabilidad del organizador. Lucro cesante 132

MALA PRAXIS MÉDICA
Recusación del juez. Prejudicialidad penal. Intereses. Daño moral. Responsabilidad del ente sanatorial 152

DAÑOS EN LAS RELACIONES DE FAMILIA
Indemnización. Demandado obligado a realizar un curso tendiente a modificar conductas que desvaloricen a las mujeres 163

DAÑOS POR INTOXICACIÓN CON GAS
Responsabilidad de la empresa proveedora de gas. Servicio público domiciliario. Responsabilidad objetiva. Derechos del consumidor o usuario. Relación de causalidad. Falla en los controles de habilitación del servicio. Improcedencia de la multa por daño punitivo 174

ACCIDENTE DE TRÁNSITO. COSA INERTE
Motociclista que colisiona con unos tambores que servían de señalización en la remodelación de la ruta. Cosa riesgosa. Incumplimiento de las medidas de seguridad. Falta de actividad probatoria de las demandadas..... 185

DEFENSA DEL CONSUMIDOR. DAÑO PUNITIVO
Pan publicado como 100% integral. Condena impuesta a la panificadora y a la comercializadora. Reintegro del monto abonado. Disidencia parcial 197

LIBERTAD DE EXPRESIÓN
Revocación de condena contra un medio periodístico. Asunto de interés público. Funcionario público. Supuestas irregularidades. Aplicación de la doctrina de la real malicia..... 212

RESPONSABILIDAD DE ENTIDAD BANCARIA
Robo a nueve cuadras de la entidad tras realizar una extracción de dinero. Cliente que fue "marcado" dentro de la sucursal. Obligación de seguridad. Derecho del consumidor 221

LESIONES POR CAÍDA EN LOCAL COMERCIAL
Piso resbaladizo. Cosa riesgosa. Relación de consumo. Responsabilidad objetiva 226

PROCESO DE DAÑOS

JURISPRUDENCIA

SIMULACIÓN
Compraventa de inmueble. Conviviente del alimentante. Valoración de la prueba. Legitimación de los accionantes para demandar la nulidad del acto. Hijo, madre y abogado de las partes..... 239

DEFENSA DEL CONSUMIDOR. BENEFICIO DE GRATUIDAD
Deber de fundamentación de las sentencias 247

DEFENSA DEL CONSUMIDOR. FACULTADES DEL ENTE ADMINISTRATIVO
Acarreo de automotor a playa de infractores. Daños ocasionados al vehículo. Servicios públicos. Ente regulador. Indemnización del daño directo. Actividad riesgosa. Cargas probatorias dinámicas. Responsabilidad 249

COMPETENCIA
Uso indebido de la imagen. Utilización de la red internet 265

CADUCIDAD DE INSTANCIA
Proceso de daños en estado avanzado. Actos impulsorios. Pago de la tasa de justicia. Digitalización del dictamen del Fisco. Revocación de sentencia que declara la perención 266

COSTAS EN EL BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS
Ponderación de la conducta asumida por la demandada durante la tramitación del incidente. Imposición de costas en el orden causado 268

SEGUROS

Comentarios Jurisprudenciales

CONTRATO DE SEGURO. LÍMITE DE COBERTURA
Daños sufridos por alumnos en un establecimiento educativo. Naturaleza contractual de la obligación de la aseguradora. Análisis del interés superior del niño 275

La obligación legal del titular de un establecimiento educativo de contratar un seguro de responsabilidad civil. A propósito del pronunciamiento de la Corte sobre su límite de cobertura
María Fabiana Compiani 277

Jurisprudencia

EXCLUSIÓN DE COBERTURA
Asegurado que se negó a la realización del test de alcoholemia. Derechos de la víctima. Traslado ilegal de la carga probatoria 289

PENSAMIENTO JURÍDICO

Páginas Clásicas

Notas sobre el precontrato. Antecedentes de derecho comparado
Luis Moisset de Espanés 301

DERECHO PRÁCTICO

Comentarios Jurisprudenciales

DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO

Reducción arbitraria de la indemnización. Accidente de tránsito. Muerte del hijo. Improcedencia del reproche moral a los padres. Uso del cinturón de seguridad. Ausencia de nexo concausal. La labor del juez al cuantificar el daño. La reparación de daños en el Código Civil y Comercial.

Con notas de Sebastián Picasso y Pascual E. Alferillo

1. — La reparación integral no se logra si el resarcimiento que se admite como modo de reparar los daños ocasionados se concreta en valores económicos insignificantes en relación con la entidad del daño que pretende resarcirse.

2. — Resulta ineludible que, al tiempo de determinar el monto indemnizatorio por incapacidad sobreviniente y valor vida, los magistrados tengan en cuenta como pauta orientadora las sumas indemnizatorias que establece el régimen de reparación de riesgos del trabajo, lo que coadyuvará a arribar a una decisión que —más allá de las particularidades propias de cada régimen indemnizatorio— no desatienda la necesaria armonía que debe regir en el ordenamiento jurídico, cuando no se evidencian razones de entidad para un proceder diferente, en tanto no resulta razonable que a un trabajador en relación de dependencia se le otorgue protección mayor que a cualquier otro habitante, cuando lo que se intenta resarcir es el mismo concepto; esta diferenciación, sin otro fundamento más que la condición señalada, conduce a vulnerar el derecho de igualdad ante la ley previsto por el art. 16, CN.

3. — Toda persona tiene el derecho a una reparación integral de los daños sufridos y este principio basal del sistema de reparación civil encuentra su fundamento en la Constitución Nacional y está expresamente reconocido por el plexo convencional incorporado al art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental (art. 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4º, 5º y 21 CADH y 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

4. — La consideración de criterios objetivos para determinar la suma indemnizatoria en cada caso no importa desconocer la facultad propia de los magistrados de adecuar el monto de la reparación a las circunstancias y condiciones personales del damnificado, habida cuenta del margen de valoración de que aquellos gozan en la materia (art. 165, Cód. Proc .Civ. y Com.), sino recurrir a pautas meramente orientadoras que permitan arribar a una solución que concilie de la mejor manera posible los intereses en juego y evite —o cuando menos minimice— valoraciones sumamente dispares respecto de un mismo daño sin motivos razonables y/o de entidad que lo justifiquen; máxime cuando, como en el caso, la ponderación cuestionada por insuficiente atañe al daño material.

5. — Ante la inexistencia de relación causal entre la conducta de los padres —en el caso, la madre e hija que viajaban sin cinturón de seguridad y la menor en los brazos de aquella— y la producción del daño, la disminución drástica de las indemnizaciones fijados en concepto de valor vida y daño moral fundada en su imprudencia se aparta de los arts. 1068, 1078, 1083, 1084, 1111 Cód. Civil y del art. 19, CN y no constituye más que un reproche moral que es ajeno a la jurisdicción del tribunal para decidir la responsabilidad civil (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

6. — Es arbitraria la sentencia que redujo el resarcimiento por incapacidad sobreviniente sufrido por los actores como consecuencia de un accidente de tránsito, pues el juez a quo se limitó a describir genéricamente el daño sufrido por las víctimas, el carácter indiciario de los porcentuales de discapacidad fijados por los diferentes baremos, el salario y la edad, así como el nivel socioeconómico de las mismas, y concluyó que los importes parecían abultados, por lo que resolvió otorgar unas sumas que calificó como más equitativas y adecuadas a las particularidades, sin especificar el método utilizado para ello y omitiendo analizar no solo la capacidad laboral de los actores, sino también diversos aspectos que se proyectan en su personalidad plena, individual como el social, que pudieron verse afectados producto de las graves lesiones y secuelas del accidente (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

7. — Es arbitraria la sentencia que redujo significativamente la indemnización por gastos médicos y de farmacia, si para ello tuvo en cuenta que las principales erogaciones se vieron cubiertas por la obra social, pero no exteriorizó el método utilizado para comprender si los montos fijados resultaban suficientes para hacer frente a las secuelas del accidente (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

8. — Es arbitraria la sentencia que redujo el resarcimiento del daño sufrido por los actores con fundamento en que la madre y su hija menor viajaban sin cinturón de seguridad y la menor en los brazos de aquella, pues ese resultado no puede ser atribuido en modo alguno a la circunstancia de que la madre hubiera sido negligente, dado que esto, según lo afirmado por la Cámara, no tuvo incidencia concausal alguna y de acuerdo con su razonamiento, aun cuando los padres hubieran actuado de modo diligente, el daño sufrido por la muerte de su hija no hubiera podido ser menor (del voto del doctor Rosenkrantz).

9. — Es arbitraria la sentencia que fundó la reducción del monto por daño moral concedido a la hermana supérstite, en un reproche a la conducta imprudente de los padres —la madre y la menor que perdió la vida viajaban sin cinturón de seguridad y en los brazos de aquella—, pues la misma sentencia sostuvo que la negligencia de los padres no tuvo incidencia concausal en la producción del daño; y no se advierten ni se ofreció argumentos que permitan hacer responsable a la hermana menor por esa falta de diligencia (del voto del doctor Rosenkrantz).

10. — La forma de cuantificar el daño moral, basada en un reproche moral a los padres por su actitud imprudente —madre e hija que viajan sin cinturón de seguridad y la menor en los brazos de aquella— por no haber cuidado suficientemente a su hija, o en la inferencia de una menor aflicción espiritual a partir de la forma en que llevaban a la niña, además de no tener sustento en evidencia alguna, resulta contraria al curso natural y ordinario de las relaciones humanas, lo que debió ser ponderado, a falta de otros elementos de juicio, como derivación propia de las reglas de la sana crítica (del voto del doctor Rosenkrantz).

11. — La sentencia recurrida carece del debido rigor lógico de fundamentación toda vez que, sin mayores precisiones, se limita a modificar significativamente los montos indemnizatorios fijados por el juez de grado mediante una ligera actividad analítica que dista de constituir la que exige el deber jurisdiccional, pues solo se sostiene en la convicción personal de la Cámara y en un análisis errado de la incidencia que el comportamiento de los actores pudo haber tenido en el suceso lesivo, sin otra explicación que la advertencia de que sus apreciaciones resultan justas y apropiadas a las circunstancias del caso (del voto del doctor Lorenzetti).

12. — El principio de la reparación plena, en virtud de las diversas funciones que desempeña actualmente el sistema de la responsabilidad civil, esto es, la función preventiva, la resarcitoria y la sancionatoria, se debe cumplir con dos estándares: en virtud de las diversas características de los derechos que pueden ser lesionados (patrimonial, extrapatrimonial, de incidencia colectiva), la reparación —lato sensu— del daño debe procurar una tutela efectiva mediante el otorgamiento de un remedio apropiado no solo a la naturaleza del derecho afectado, sino además, a la concreta situación en la que este se encuentra en virtud de la lesión; y cuando, por las circunstancias del caso, la reparación del daño tiene que ceñirse al otorgamiento de una indemnización sustitutiva del bien jurídico lesionado, es preciso que el quantum que se establezca para tal fin, ostente una extensión congruente y acorde con la entidad del perjuicio acreditado (del voto del doctor Lorenzetti).

13. — La comprensión, amplia y funcional del alcance de la reparación plena, que no hace más que reflejar el permanente esfuerzo del derecho por procurar restituirle a la víctima del daño injustamente sufrido el estado anterior al evento lesivo, ha sido ampliamente receptada en los arts. 1710, 1711, 1726, 1737 y 1740, Cód. Civ. y Com., aunque tenía también suficiente y consolidado reconocimiento al amparo del Código Civil, aplicable a la especie por razones de derecho transitorio, por haber ocurrido el infortunio con anterioridad a la vigencia de aquel cuerpo normativo (del voto del doctor Lorenzetti).

14. — En la indemnización por pérdida de un hijo se indemniza aquello que es la pérdida de chance, esto es, la pérdida de oportunidad de que en el futuro —en el caso, la menor fallecida de un año de edad— ayude económicamente a sus padres, es decir, la frustración cierta de una posibilidad de sostén; un álea con certeza de ocurrencia que desaparece por el accionar del responsable civil, importando las chances que tenían los damnificados de conservar esa situación previa al infortunio; así la chance se indemniza en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador (art. 1739, Cód. Civ. y Com.) (del voto del doctor Lorenzetti).

15. — Para la fijación del daño moral, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño

accesorio a este y el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos, sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido, aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación; puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido (del voto del doctor Lorenzetti).

16. — Para evaluar el resarcimiento en casos en los cuales la víctima ha sufrido daños irreversibles en su integridad psicofísica, el porcentaje pericial de incapacidad laboral, aunque pueda ser útil como una pauta genérica de referencia, no constituye un patrón que el juzgador deba seguir inevitablemente; entre otras razones, porque no solo corresponde justipreciar el aspecto laboral, sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere a dicha tarea un marco de valoración más amplio (del voto del doctor Lorenzetti).

17. — Una reparación eficaz impone la exigencia de abandonar parámetros abstractos —elaborados para un sujeto medio e hipotético— para otorgarle pleno sentido a la reparación del daño conforme a la dimensión concreta de los perjuicios sufridos por la víctima; solo de tal modo la tutela resarcitoria cumple con el principio cardinal, base de todo sistema jurídico, de la inviolabilidad de la persona humana (del voto del doctor Lorenzetti).

18. — En el universo de perjuicios que integran la incapacidad sobreviniente, la faz laboral es una de las parcelas a indemnizar, la que no conforma el todo ni la única a resarcir, sino que constituye un componente más de aquella, puesto que la incapacidad sobreviniente, consecuencia indemnizable de la incapacidad permanente, se aprecia en un conjunto de funciones que la persona ya no podrá desarrollar con plenitud como consecuencia de la lesión al bien protegido integridad psico-física (del voto del doctor Lorenzetti).

CS, 02/09/2021. - Grippo, Guillermo Oscar; Claudia P. Acuña y otros c. Campos, Enrique Oscar y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c. les. o muerte).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/134520/2021]

CIV 080458/2006/1/RH001

Suprema Corte:

-I-

La Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil modificó la sentencia de la instancia anterior, que hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios entablada por G. o G.,C. P. A. y B.A.G. contra E. O. C. y R. S. SA, al reducir los montos resarcitorios (fs. 2326/2353 y 2486/2493 de las actuaciones principales, a las que me referiré en lo sucesivo, salvo aclaración en contrario).

De modo preliminar, señaló que se encuentra acreditado que el día 30 de enero de 2006 G. O. G. viajaba en automóvil con su esposa, C. P. A., y sus dos hijas, B. A. G. de once años y M. S. G. de un año de edad, cuando fue embestido por la camioneta conducida por E. O. C., propiedad de R. S. SA, que, al desplazarse a gran velocidad, perdió el control e invadió la mano contraria. Agregó que a raíz del accidente la hija menor falleció y el resto de los ocupantes sufrieron graves lesiones.

Para ello, tuvo en consideración, en los términos del artículo 1102 del Código Civil, la causa penal "C., E. A. s/homicidio culposo y lesiones culposas" (causa 03-00-103883-06), en que se condenó al señor G. como autor del delito de homicidio culposo en concurso ideal con lesiones culposas, a la pena de tres años de prisión en suspenso y seis años de inhabilitación para conducir.

En ese marco, rechazó, en primer lugar, los agravios de los demandados dirigidos a demostrar que la falta de uso de cinturones de seguridad y de silla para niños tuvo incidencia causal en el accidente. Por un lado, tuvo por acreditado que B.A.G., que viajaba en el asiento delantero del acompañante, utilizaba cinturón de seguridad. Por otro lado, con relación a M.S.G., que viajaba en las faldas de su madre en el asiento trasero, destacó que la pericia médica practicada en el expediente conexo "S.M. S.A. c/ e , E A s/ daños y perjuicios" señala que esa circunstancia muy difícilmente hubiera evitado las importantes lesiones que sufrieron las partes y el deceso de la menor debido a la magnitud del impacto. Agregó que los demandados no produjeron otro elemento de prueba que desvirtúe esa conclusión. Por todo ello, confirmó que el accidente es responsabilidad exclusiva de los demandados.

En segundo lugar, analizó los rubros indemnizatorios fijados por el *a quo*. Señaló que la discapacidad física debe ser distinguida de la psíquica y, en base a la pericia médica llevada a cabo en estas actuaciones, sentenció que G. O. G. ostenta una incapacidad física del 50% y una psíquica del 60% del total vida; e P.

A., una incapacidad física del 80% y psíquica del 60% del total vida; y la niña B. A. G., una incapacidad física del 60% y una psíquica del 50% del total vida. En ese marco, sostuvo que las indemnizaciones por incapacidad sobreviniente fijadas por el juez de primera instancia son excesivas y las redujo a $200.000, $300.000 y $230.000, respectivamente.

Además, disminuyó la indemnización por valor vida de la niña M.S.G. a $200.000 y las partidas del daño moral a $150.000 para el señor G., $250.000 para la señora A. y $200.000 para la niña B. A. G. En ese sentido, destacó que los padres de M. S. G. fueron negligentes al permitir que la niña viajara en la falda de su madre y no en una silla para niños.

También, se dejó sin efecto el resarcimiento establecido en concepto de asistencia integradora o ayuda doméstica puesto que entendió que ese gasto no fue probado. A la par, disminuyó los montos establecidos en concepto de gastos médicos y de farmacia a $25.000, por estimarlos elevados en razón de haber sido solventados en su mayoría por la obra social. En el mismo sentido, se redujo la partida por gastos de transporte o movilidad a $5.000.

-II-

Contra ese pronunciamiento, la parte actora interpuso extraordinario (fs. 2498/2508) que, una vez contestado (fs. 2514/2523 y 2524/2533), fue denegado (fs. 2535), lo que motivó esta presentación directa (fs. 114/118 del cuaderno respectivo).

En síntesis, la recurrente critica la sentencia con sustento en la doctrina de la arbitrariedad.

Afirma que la sentencia de la Cámara es autocontradictoria, porque, por un lado, consideró que la falta de uso de los elementos de seguridad no tuvo incidencia causal en el accidente y por ello confirmó la responsabilidad exclusiva de la parte demandada, y, por otro lado, disminuyó los montos indemnizatorios sobre la base de la imprudencia de los padres en relación con la falta de uso de elementos de seguridad.

Resalta que de la prueba pericial médica surge que la falta de colocación de cinturones de seguridad y de uso de la butaca para niños careció de relevancia para evitar o disminuir las lesiones de las actoras y el deceso de la niña, debido a la magnitud y gravedad de la colisión. Arguye que la Cámara no expuso razones suficientes para apartarse de lo entendido por el experto. Agrega que, al momento del accidente, la utilización de la silla para niños y de cinturones de seguridad en los asientos traseros de los rodados no era obligatoria.

Por otro lado, sostiene que el tribunal redujo en forma exorbitante todos los conceptos que integran el monto de condena e intereses, sobre la base de apreciaciones puramente subjetivas, sin base probatoria alguna y con la finalidad de sancionar a las víctimas por la falta de uso de elementos de seguridad.

En cuanto a la valoración de la incapacidad sobreviniente, remarca que el tribunal le otorgó fuerza vinculante a la prueba pericial médica y luego se apartó de la misma para reducir su cuantía. En relación con la reducción del valor vida de la niña M.S., critica que se haya ponderado que la chance de ayuda económica de la niña era remota, que tienen otra hija que puede colaborar con la asistencia económica a los padres y el actuar imprudente de sus padres al momento del accidente. Alega que la asistencia a los padres incluye no solo el apoyo exclusivamente económico, sino que también el apoyo afectivo en la vida y en la vejez.

Sobre la asistencia integradora, indica que se soslayó la prueba testimonial, y que existe una fundada presunción de que el gasto efectivamente existió y que ha sido necesario por la gravedad de las lesiones sufridas y las que surgirán en el futuro. Agrega que la reducción del daño moral fue realizada sobre la base de motivos personales.

En cuanto a los gastos médicos y farmacéuticos declara que existen numerosos costos no afrontados por el ente de medicina prepaga, sobre todo teniendo en cuenta las nueve intervenciones que tuvo la señora A y que debe utilizar medicamentos de por vida.

-III-

En mi opinión, el recurso extraordinario fue mal denegado.

Si bien los criterios para fijar el resarcimiento de los daños remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, materia ajena a la instancia del artículo 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a ese principio cuando, como sucede en el presente, la determinación de los daños en concepto de valor vida y daño moral realizada por el a qua no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias comprobadas de la causa en el caso, los principios que guían la responsabilidad civil y la reparación integral del daño- (Fallos: 308:1160, “Santa Coloma”; 340:1038, “Ontiveros”; entre otros). A mi modo de ver, la sentencia recurrida adoptó criterios inadecuados que la llevaron a establecer resarcimientos insuficientes para satisfacer el derecho a una reparación integral (doctr. Fallos: 340:1038, “Ontiveros”).

En sentido similar, la cuantificación de los daños en concepto de incapacidad sobreviniente y gastos de farmacia y traslado realizada por el *a quo* se sustenta en afirmaciones meramente dogmáticas, que le dan al fallo un fundamento solo aparente que lo descalifican como acto jurisdiccional (S.C., T. 131, L. XXXIII, "Tkachuk de Kalyz Luba c/ Sevillano Marcelo Fabián y otros", sentencia del 21 de octubre de 1997; Fallos: 327:5528, "Gónzalez"; entre otros).

En cambio, en relación con el rubro costo de asistencia integradora, considero que los agravios traídos solo traducen una discrepancia con el criterio del juzgador, sin refutarlo mediante argumentos suficientes que sirvan para invalidarlo como acto jurisdiccional en este punto.

Con el alcance expuesto, entiendo que la queja es procedente.

-IV-

De modo preliminar, cabe señalar que, el tribunal, tras confirmar que los demandados son civilmente responsables -en forma exclusiva- de la muerte de la menor M.S.G. y de las graves lesiones sufridas por los actores en el marco de un accidente automovilístico, redujo en más del 80% la reparación fijada por el juez de primera instancia. Más específicamente, disminuyó la indemnización de $8.438.400 a $1.560.000 (fs. 2326/2353 y 2486/2493).

En primer lugar, el *a quo* redujo sustancialmente los montos fijados en concepto de valor vida de la niña M.S.G. y daño moral de los accionantes sobre la base de argumentos contradictorios con los expuestos por el propio tribunal para confirmar la responsabilidad exclusiva de los demandados en el accidente automovilístico y, más grave aún, ajenos a los principios de la responsabilidad civil.

Más específicamente, redujo en un 85% el rubro valor vida, disminuyendo la indemnización de $1.300.000 a $200.000, y en un 88%, 83% y 83% el daño moral fijado a favor del señor G. , la señora A. y B.A.G. respectivamente; esto es, modificando el monto de $1.300.000 a $150.000, de $1.500.000 a $250.000 y de $1.200.000 a $200.000, respectivamente.

En ambos casos la decisión del tribunal se basa, más allá de la invocación de fundamentos genéricos y dogmáticos, en la supuesta imprudencia de los padres por la falta de utilización de elementos de seguridad. En la cuantificación del concepto de valor vida, el tribunal asevera que los padres "permitieron la peligrosa ubicación de la niña" (fs. 2490 vta.). De la misma manera, al ponderar el daño moral, hace referencia a una "conducta imprudente de los progenitores quienes permitieron que la niña de solo un año de edad viajara sentada en las faldas de su madre" (fs. 2491).

A los efectos de vislumbrar la arbitrariedad de ese razonamiento, cabe destacar que la Cámara, tras analizar las constancias de la causa, la condena penal y las pruebas obrantes en los expedientes conexos, juzgó que la muerte de M.S.G. y las graves lesiones sufridas por los actores tienen relación causal con la conducta negligente y temeraria del señor e y que la falta de uso de elementos de seguridad no tuvo incidencia causal en los daños.

En particular, la Cámara ponderó que la prueba pericial médica realizada en la causa conexa concluyó que la colocación de cinturones de seguridad muy difícilmente hubiera evitado las importantes lesiones que sufrieron las partes y el deceso de la niña. Agregó que ese informe pericial dictaminó que "si bien el uso de la butaca para niños pequeños podría naturalmente disminuir los efectos y consecuencias de una colisión con otro automotor, la gravedad de la embestida fue de tanta importancia que la eventualidad de sostener o no en brazos por parte de la madre a su hija es irrelevante dadas las secuelas resultantes" (fs. 2487).

Luego, en forma contradictoria y sin invocar prueba alguna en sustento de su convicción, aseveró que "no puede caber duda alguna que la imprudente actitud de los padres, al permitir que la beba viajara en brazos de su madre y no en una silla específicamente destinada a dicho fin aun cuando lo hiciera en el asiento trasero, tuvo alguna influencia causal en el deceso de la última de las nombradas" (fs. 2487).

Sin perjuicio de esa afirmación dogmática, la Cámara concluyó que "la carencia de usos de elementos de seguridad que he mencionado no tiene una incidencia causal en el accidente, el que se hubiera producido de todas maneras debido a la temeraria y negligente maniobra del demandado" (fs. 2487 vta.). Por ello, confirmó que los daños causados son responsabilidad exclusiva de los accionados.

En ese contexto, una vez concluido que la falta de uso de elementos de seguridad no guarda relación de causalidad con los daños reclamados y que los demandados deben responder en forma exclusiva por ellos, la consideración de esa supuesta imprudencia para cuantificar los daños resarcibles se aparta de los principios del Código Civil y de la Constitución Nacional que rigen la responsabilidad civil y la reparación del daño. Al respecto, como afirma Louis Josserand "la responsabilidad del demandado subsiste en toda su integridad si la culpa de la víctima no influye para nada en la producción del daño" (Derecho Civil, revisado y completado por Brun, André, traducción de Cunchillos y Materola, Santiago, tomo II, volumen

I, Buenos Aires, Bosch, 1950, págs. 339; en igual sentido, Mazeaud, Henri y Mazeaud, Léon, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, tomo II, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1939, pág. 412).

En el *sub lite*, ante la inexistencia de relación causal entre la conducta de los padres y la producción del daño, la disminución drástica de las indemnizaciones fijados en concepto de valor vida y daño moral fundada en su imprudencia al permitir "la peligrosa ubicación de la niña" se aparta de los artículos 1068, 1078, 1083, 1084, 1111 Y del Código Civil y del artículo 19 de la Constitución Nacional y no constituye más que un reproche moral que es ajeno a la jurisdicción del tribunal para decidir la responsabilidad civil (doctr. Fallos: 319:681, "Malvino").

En efecto, esas normas previstas en el Código Civil, reglamentarias del principio constitucional *alterum non laedere* (Fallos: 327:3753, "Aquino" y sus citas), consagran la reparación integral del daño -en sentido similar, art. 1740 del actual Código Civil y Comercial de la Nación-, cuyo norte es procurar la justa reparación de todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio o en sus derechos o facultades (Fallos: 340:1038, "Ontiveros" y sus citas). En ese marco, la conducta de la víctima sin incidencia causal no puede menoscabar su derecho a ser resarcido en forma plena (Spota, Alberto, "La concurrencia de culpas en la responsabilidad aquiliana", Jurisprudencia Argentina, tomo I, 1944, pág. 236).

En el caso "Aquino" (Fallos: 327:3753), la Corte Suprema expuso que "el art. 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero: *alterum non laedere*, que se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación'" (considerando 3°). Luego de exponer que la responsabilidad prevista en los artículos 1109 y 1113 del entonces Código Civil configura una reglamentación de dicho principio general, afirmó que la indemnización tiene que ser justa, "puesto que indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento, lo cual no se logra si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida (Fallos: 268:112, 114, considerandos 4° y 5°)" (considerando 4°).

Más recientemente, afirmó que la reparación integral "no se logra si el resarcimiento -producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces- resulta en valores insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible (Fallos: 314:729, considerando 4°; 316:1949, considerando 4° y 335:2333; entre otros)" (Fallos: 340:1038, "Ontiveros", considerando 4°).

Esos lineamientos resultan, en suma, desconocidos por la sentencia apelada, que reduce significativamente los daños fijados por el juez de primera instancia por valor vida y daño moral y deja, por ende, perjuicios sin justa reparación, sobre la base de consideraciones que carecen de relevancia jurídica en el marco de las reglas propias de la responsabilidad civil.

En segundo lugar, entiendo que las razones otorgadas por el tribunal para realizar una sustancial reducción de la indemnización por incapacidad sobreviniente no logran sustentar la exigencia constitucional de adecuada fundamentación.

En este aspecto, el tribunal se limitó a describir genéricamente el daño sufrido por las víctimas, el carácter indiciario de los porcentuales de discapacidad fijados por los diferentes baremos, el salario y la edad, así como el nivel socioeconómico de las mismas, y concluyó que los importes fijados por ese concepto por la magistrada de grado "parecen abultados", por lo que resolvió otorgar unas sumas que calificó como "más equitativas y adecuadas a las particularidades señaladas" (fs. 2490).

Sin embargo, no especificó el método utilizado para reducir en un 56%, 65% y 66% los montos fijados en concepto de incapacidad sobreviniente a favor del señor G , la señora A y B.A.G., respectivamente, disminuyendo los montos de $450.000 a $200.000, de $850.000 a $300.000 y de $680.000 a $230.000. A ello cabe agregar que la sentencia de grado analizó, de manera detallada y en consonancia con los criterios expuestos por la Corte Suprema (Fallos: 340:1038, "Ontiveros" y sus citas), no solo la capacidad laboral de los actores, sino también diversos aspectos que se proyectan en su personalidad plena, en el aspecto individual como el social, detallando que los actores eran deportistas y tenían proyectos para realizar un emprendimiento familiar, todo lo cual se vio afectado producto de las graves lesiones y secuelas del accidente (fs. 2343/2344).

Finalmente cabe puntualizar que el tribunal redujo el rubro gastos de traslado en un 95% -de $110.000 a $5.000- y el de gastos médicos y de farmacia en un 90% -$250.000 a $25.000-, por estimar que era "evidente" que los montos allí reconocidos eran elevados (fs. 2491 vta.).

En el caso de los gastos de traslado, el tribunal tampoco expresó la manera en que llegó a esa exorbitante reducción. Más aun, cuando la sentencia de primera instancia explicó que ese rubro comprendía el reclamo por la privación de uso del rodado por los casi ocho meses en que la aseguradora demoró en la entrega del dinero correspondiente (fs. 1654/61 y 2336).

Con relación a los gastos médicos y de farmacia, tuvo en cuenta que las principales erogaciones se vieron cubiertas por la obra social, pero no exteriorizó el método utilizado para comprender si los montos fijados resultan suficientes para hacer frente a las secuelas del accidente (doctr. Fallos: 314:423, "Tello de Rasso" y "Tkachuk de Kalyz", cit.). Asimismo, corresponde tener en cuenta que el perito médico señaló que la señora A y la niña E.A.G. padecieron esplenectomía, lo que aumenta significativamente la posibilidad de ambas de contraer diversas patologías infecciosas (fs. 2061/2063 y 2066). El consultor médico de parte afirmó que en atención a la esplenectomía tanto la señora A como B.A.G. deben ser medicadas de por vida (fs. 2100). Además, el perito médico advirtió la posibilidad de que la señora A tenga que ser sometida en el futuro a cirugías reparadoras tanto funcionales como estéticas (fs. 2046).

Por las razones expuestas, opino que corresponde dejar sin efecto la cuantificación de los daños en concepto de valor vida y daño moral realizada por el a qua sobre la base de pautas ajenas a la reparación integral prevista en el Código Civil y en la Constitución Nacional. En ese marco, entiendo que también cabe dejar sin efecto la drástica disminución de los rubros incapacidad sobreviniente, gastos de traslado y gastos médicos y de farmacia, puesto que se funda en argumentos dogmáticos, que no satisfacen la exigencia constitucional de fundamentación adecuada.

-V-

Con el alcance expuesto, opino que corresponde admitir la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia, disponiendo que los actuados vuelvan al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo indicado. Buenos Aires, diciembre de 2018. — *Víctor Abramovich.*

Buenos Aires, 2 de septiembre de 2021

Considerando:

1°) Que contra el pronunciamiento de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al modificar la sentencia de primera instancia, en lo que aquí interesa, redujo los montos resarcitorios, los actores dedujeron recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la presente queja.

2°) Que los agravios de los apelantes han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen del señor Procurador Fiscal, cuyos fundamentos esta Corte comparte y a los cuales se remite por razón de brevedad.

3°) Que sin perjuicio de que los argumentos expresados en el citado dictamen bastan para descalificar la sentencia apelada, resulta pertinente recordar el derecho que tiene toda persona a una reparación integral de los daños sufridos. Este principio basal del sistema de reparación civil encuentra su fundamento en la Constitución Nacional y está expresamente reconocido por el plexo convencional incorporado al artículo 75, inciso 22, de la Ley Fundamental (conf. artículos I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4°, 5° y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado, noción que comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades (conf. Fallos: 340:1038 "Ontiveros" y sus citas).

4°) Que como ha destacado el señor Procurador Fiscal, dicha reparación integral no se logra si el resarcimiento que se admite como modo de reparar los daños ocasionados se concreta en valores económicos insignificantes en relación con la entidad del daño que pretende resarcirse (conf. Fallos: 314:729, considerando 4°; 316:1949, considerando 4°, y 340:1038; entre otros).

En esa línea de razonamiento, la Corte Suprema en el marco de una demanda laboral por daños deducida con sustento en las normas del Código Civil ha enfatizado que "resulta inconcebible que una indemnización civil que debe ser integral, ni siquiera alcance a las prestaciones mínimas que el sistema especial de reparación de los accidentes laborales asegura a todo trabajador con independencia de su nivel de ingreso salarial" (conf. Fallos: 340:1038 "Ontiveros"), así como también ha admitido que, más allá de que -como norma- no quepa en supuestos como los examinados recurrir a criterios matemáticos ni aplicar las fórmulas utilizadas por la ley de accidentes de trabajo, estos últimos pueden constituir una pauta genérica de referencia que no debe ser desatendida por quienes tienen a su cargo la tarea de cuantificar los daños (conf. arg. Fallos: 327:2722 y 331:570).

La consideración de criterios objetivos para determinar la suma indemnizatoria en cada caso no importa desconocer la facultad propia de los magistrados de adecuar el monto de la reparación a las circunstancias y condiciones personales del damnificado habida cuenta el margen de valoración de que aquellos gozan en la materia (artículo 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), sino recurrir

a pautas meramente orientadoras que permitan arribar a una solución que concilie de la mejor manera posible los intereses en juego y evite –o cuando menos minimice- valoraciones sumamente dispares respecto de un mismo daño sin motivos razonables y/o de entidad que lo justifiquen. Ello máxime cuando, como en el caso, la ponderación cuestionada por insuficiente atañe al daño material.

5°) Que la situación que se ha presentado en el caso no parece ser respetuosa de los mencionados principios, como tampoco responde al de seguridad jurídica, que también cuenta con jerarquía constitucional (conf. Fallos: 220:5; 243:465; 251:78; 253:47; 254:62; 316:3231; 317:218; 331:2672 y 332:1531), dadas las diferentes posturas que se observan al momento de cuantificar los mismos ítem indemnizatorios -incapacidad y valor vida- en los distintos fueros que integran el Poder Judicial de la Nación.

En efecto, las constancias de la causa dan cuenta de que los montos establecidos por el tribunal de alzada en concepto de incapacidad total permanente y de valor vida son notoriamente inferiores a las prestaciones dinerarias mínimas contempladas -a la fecha de la sentencia- para esos mismos rubros en el régimen especial de reparación de daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales previsto en las leyes 24.557 y 26.773 y sus disposiciones modificatorias, complementarias y reglamentarias (conf. artículos 11, inc. 4°, ap. b y 15, inc. 2, de la ley 24.557 y artículo 2 de la resolución de la Secretaría de Seguridad Social 22/2014).

No cabe duda de que las normas que forman parte de dicho sistema resarcitorio fueron pensadas y están destinadas a los trabajadores en relación de dependencia. No obstante ello, no puede desconocerse que el fin perseguido por aquellas es, en definitiva, la reparación de los mismos perjuicios cuyas indemnizaciones pretende quien sufre una minusvalía derivada de un accidente de tránsito, sin que pueda razonablemente admitirse que el distinto ámbito en el que se produjeron los daños pueda constituir un elemento que autorice una cuantificación notoriamente disímil respecto de la misma lesión.

6°) Que en función de las consideraciones señaladas, ponderadas a la luz del prisma del derecho a una reparación integral, este Tribunal entiende que resulta ineludible que, al tiempo de determinar el monto indemnizatorio por incapacidad sobreviniente y valor vida, los magistrados intervinientes tengan en cuenta como pauta orientadora las sumas indemnizatorias que establece el régimen de reparación de riesgos del trabajo para esos mismos rubros, lo que coadyuvará a arribar a una decisión que -más allá de las particularidades propias de cada régimen indemnizatorio- no desatienda la necesaria armonía que debe regir en el ordenamiento jurídico cuando no se evidencian razones de entidad para un proceder diferente.

Ello, pues no resulta razonable que -como se advierte en el caso- a un trabajador en relación de dependencia se le otorgue protección mayor que a cualquier otro habitante cuando lo que se intenta resarcir de manera integral es el mismo concepto. Esta diferenciación, sin otro fundamento más que la condición señalada, conduce a vulnerar el derecho de igualdad ante la ley previsto por el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara procedente la queja, formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se proceda a dictar un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Juan Carlos Maqueda.* — *Horacio Rosatti.* — *Carlos F. Rosenkrantz.* — *Ricardo L. Lorenzetti.*

Voto del doctor *Rosenkrantz*

Considerando:

1°) Contra la sentencia dictada por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que modificó la dictada por el juez de primera instancia, los actores interpusieron el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la queja en examen.

En lo que interesa, el tribunal *a quo* redujo a $ 1.560.000 la indemnización que había sido fijada por el juez de primera instancia en $ 8.438.400 con intereses según la tasa activa del Banco de la Nación Argentina (en adelante BNA), por los daños y perjuicios sufridos por el matrimonio accionante y una de sus hijas menores, como también por el fallecimiento de su restante hija de un año de edad, consecuencia de un accidente de tránsito ocurrido en enero de 2006. Asimismo, modificó los intereses, los cuales fijó en el 6% anual desde el accidente hasta la sentencia, y según la tasa activa BNA a partir de ese momento.

La sentencia recurrida desestimó el agravio de los demandados y de las aseguradoras quienes solicitaban que se revocara la decisión de grado por, entre otros motivos, no haber tenido en cuenta la participación de los actores en la causación del daño. Para decidir de ese modo, la Cámara se basó en que, según la prueba pericial, la circunstancia de que la madre viajara en el asiento trasero sin cinturón de seguridad y

con la menor —que falleciera como consecuencia del accidente— en sus brazos, no tuvo incidencia concausal pues, se sostuvo, de cualquier manera se hubiera producido tal desenlace debido a la temeraria maniobra del demandado.

No obstante las razones en virtud de las cuales rechazó los planteos formulados por los demandados respecto de la responsabilidad exclusiva en el accidente, el tribunal *a quo* concluyó que la imprudente actitud de los padres tuvo "alguna influencia causal" en el deceso de la niña y, en consecuencia, consideró tal conducta para "fijar la cuantía resarcitoria de las partidas correspondientes". Con ese razonamiento, entre otros, redujo las indemnizaciones otorgadas en la anterior instancia en concepto de valor vida por la muerte de la niña (de $ 1.300.000 a $ 200.000) y de daño moral de sus progenitores y de su hermana (de $ 4.000.000 a $ 600.000, en conjunto).

La Cámara también redujo significativamente los montos indemnizatorios otorgados por el juez de primera instancia en concepto de incapacidad sobreviniente (de $ 1.980.000 a $ 730.000, en conjunto) y de gastos médicos, de farmacia y de traslados (de $ 360.000 a $ 30.000).

2°) Los recurrentes sostienen que la sentencia es arbitraria por haber incurrido en "autocontradicción", ya que mientras por un lado se concluyó que la circunstancia de que la madre viajara sin cinturón de seguridad y con su hija en brazos no tuvo incidencia causal, por el otro se disminuyó la indemnización del valor vida por la muerte de la niña y del daño moral sobre la base de que dicha actitud imprudente tuvo "alguna influencia causal". Alegan que los montos otorgados por la Cámara son absurdos, se basan en apreciaciones puramente subjetivas e importan una suerte de "indemnización-castigo" para quienes resultaron víctimas del accidente, no obstante haberse confirmado que no hubo concurrencia de culpas, premiando al único responsable del hecho.

Los actores también cuestionan, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, la significativa reducción de los montos indemnizatorios otorgados por el juez en concepto de incapacidad sobreviniente y de gastos médicos, de farmacia y de traslados. Invocan que la Cámara no explicó el recorte extremo de las partidas indemnizatorias y se apartó de las constancias de la causa.

3°) Si bien los criterios para fijar el resarcimiento de los daños remiten al examen de una cuestión de hecho y derecho común, materia propia de los jueces de la causa y ajena a la instancia del artículo 14 de la ley 48, tal circunstancia no es óbice para invalidar lo resuelto cuando la decisión no se encuentra debidamente fundada de modo tal que menoscaba los derechos de propiedad y de defensa en juicio (Fallos: 312:287; 317:1144 y 327:5528).

4°) Respecto del primero de los agravios de los recurrentes, cabe precisar que existe una manera en que la sentencia de la Cámara puede ser entendida como no incurriendo en "autocontradicción" según los términos utilizados por los actores.

En efecto, puede entenderse que lo sostenido por el tribunal *a quo* es que las circunstancias en que viajaban la madre y su hija menor en el automóvil al momento de ser embestidos por el demandado —falta de cinturón y la menor en los brazos de la madre— no tuvieron relación concausal adecuada con la producción del accidente, pero que sí fueron determinantes de la extensión de las consecuencias dañosas del accidente o, para ponerlo de otro modo, determinantes de la magnitud del daño.

5°) Ahora bien, el razonamiento formulado en el párrafo anterior solo podría considerarse suficientemente fundado si se apoyara en prueba concluyente acerca de que la conducta diligente de los actores, aun cuando no hubiera podido evitar el resultado dañoso, sí hubiera podido tener incidencia determinante en la magnitud de ciertos daños. Pero de la sentencia no surge que esto hubiera sido de hecho así.

La Cámara fundó la responsabilidad exclusiva del demandado en las conclusiones de la pericia médica, resaltando que "la carencia de la colocación de cinturones de seguridad frente a la magnitud del impacto muy difícilmente hubiera evitado las importantes lesiones que sufrieron las partes y el deceso de la menor", y que "si bien el uso de la butaca para niños pequeños podrían naturalmente disminuir los efectos y consecuencias de una colisión con otro automotor, la gravedad de la embestida fue de tanta importancia que la eventualidad de sostener o no en brazos por parte de la madre a su hija es irrelevante dadas las secuelas resultantes" (considerando segundo, párrafo tercero).

6°) Desde esa perspectiva, la disminución del monto resarcitorio del daño sufrido como consecuencia de la muerte de la niña que viajaba en brazos de su madre, no ha sido justificada. Ello es así, pues ese resultado no puede ser atribuido en modo alguno a la circunstancia de que la madre hubiera sido negligente, dado que dicha negligencia, según lo afirmado por la Cámara, no tuvo incidencia concausal alguna. De acuerdo con el razonamiento del *a quo*, aun cuando los padres hubieran actuado de modo diligente, el daño sufrido por la muerte de su hija no hubiera podido ser menor. En consecuencia, reducir el resarci-

miento del rubro en cuestión por la actuación de los padres resulta arbitrario.

Se advierte entonces una contradicción en el razonar del tribunal que lo priva de validez, y determina que la sentencia no pueda sustentarse como pronunciamiento judicial válido, compatible con la garantía de la defensa en juicio que consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 274:409 y 338:623).

7°) La Cámara valoró diversos factores para determinar la extensión de la indemnización que correspondía por el daño moral de los padres y el de la hermana supérstite, como por ejemplo la gravedad de la culpa del autor del hecho, la cuantía de los perjuicios materiales, las condiciones personales del victimario y de las víctimas y la forma en que sucedió el accidente (considerando sexto, segundo párrafo). Asimismo, ponderó tanto los padecimientos vinculados con las graves lesiones y secuelas físicas sufridas como también el dolor espiritual ocasionado por la muerte de la niña, pero también hizo mérito de la conducta imprudente de sus progenitores quienes permitieron que con un año de edad viajara sentada en las faldas de su madre (considerando sexto, penúltimo y último párrafos). Sobre esa base, redujo significativamente el monto de la indemnización en concepto de daño moral por la muerte de la hija y hermana de los actores.

Es decir, la sentencia de Cámara fundó la reducción del monto por daño moral concedido por la sentencia de primera instancia a la hermana supérstite, en un reproche a la conducta imprudente de los padres, entre otras razones. Ello tampoco puede constituir una derivación razonada del derecho aplicable con arreglo a las circunstancias concretas del caso, pues asumido que, como sostuvo la sentencia, la negligencia de los padres no tuvo incidencia con-causal en la producción del daño, no se advierten ni se han ofrecido argumentos que permitan hacer responsable a la hermana menor por dicha falta de diligencia de los padres.

8°) También es descalificable, por los fundamentos hasta aquí expuestos, la sentencia en cuanto ponderó la conducta negligente de los padres para reducir la indemnización de su propio daño moral.

La explicación posible para reducir el daño moral con sustento en la actitud imprudente considerada por la Cámara, sería que los padres merecen un resarcimiento menor por su actitud imprudente —más allá de que no tuviera relación causal con el resultado— (sanción o reproche moral; "indemnización-castigo" en las palabras utilizadas por los recurrentes); o bien que el dolor espiritual de los padres —que se intenta reparar con la indemnización de este rubro— sería menor por la conducta que tuvieron en ocasión del accidente y por ello el monto de la reparación también debería ser menor.

Esta forma de cuantificar el daño moral, basada en un reproche moral a los padres por su actitud imprudente y por no haber cuidado suficientemente a su hija, o en la inferencia de una menor aflicción espiritual a partir de la forma en que llevaban a la niña, además de no tener sustento en evidencia alguna, resulta contraria al curso natural y ordinario de las relaciones humanas, lo que debió ser ponderado, a falta de otros elementos de juicio, como derivación propia de las reglas de la sana crítica. La pérdida de un hijo, más allá de las circunstancias en que se produzca (en este caso, como consecuencia de la responsabilidad exclusiva del demandado que provocó el accidente, según la propia Cámara), tiene una indiscutible repercusión en los sentimientos de los padres y es, seguramente, una de las mayores causas de aflicción espiritual que se pueden experimentar (Fallos: 326:1299 y 332:2842).

En cuanto al mencionado reproche moral con el que se pretendería justificar la reducción de la indemnización del rubro en cuestión, esta Corte ha precisado que no cabe que los jueces se guíen, al determinar el derecho, por patrones de moralidad que excedan los habitualmente admitidos por el sentimiento medio pues, como lo señala Cardozo ("The nature of the judicial process", Yale University Press, 1937, pág. 106), "los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recta" (Fallos: 308:1160, "Santa Coloma", considerando octavo).

En síntesis, el fallo de la Cámara, al determinar el monto del daño moral se ha desentendido de las circunstancias concretas del caso y de la intensidad de la lesión en las afecciones legítimas por las secuelas del accidente, en especial, por la muerte de una hija, y ha establecido la reparación con una suma que virtualmente convierte en inoperante la indemnización prevista por el derecho civil, y desnaturaliza su finalidad resarcitoria (artículos 522 y 1078 del Código Civil; artículos 1737 al 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación; doctrina de Fallos: 315:2135 y 326:1299).

9°) Asimismo, es arbitraria la sentencia en cuanto redujo significativamente los montos otorgados por el juez de primera instancia para indemnizar la incapacidad sobreviniente.

No se advierten en los fundamentos de la Cámara razones suficientes para justificar una reducción mayor al cincuenta por ciento del monto otorgado por incapacidad sobreviniente, de acuerdo con las circunstancias valoradas en ambas instancias, ya que el tribunal ha utilizado pautas excesivamente genéricas

que no permiten verificar cuál fue el criterio seguido para fijar dicho importe.

Si bien la Cámara describió los daños físicos y síquicos sufridos por cada uno de los actores, el carácter indiciario de los porcentuales de discapacidad fijados por los diferentes baremos (en todos los casos la incapacidad parcial y permanente se determinó en más de un 50%), el salario y la edad, así como el nivel socioeconómico –pautas valoradas también con minuciosidad por el juez de primera instancia-, a continuación se limitó a concluir que los importes otorgados por ese concepto "parecen abultados" y a fijar sumas significativamente más reducidas por considerarlas "más equitativas y adecuadas a las particularidades" del caso. A ello cabe agregar que la Cámara, si bien precisó que la indemnización de la incapacidad sobreviniente en materia civil abarca no solo la faz laboral sino cualquier desmedro de la persona en todas las áreas de su vida de relación (sociales, deportivas, culturales), no expresó haber considerado diversos aspectos ponderados por el juez relativos a la vida cotidiana, actividades y proyectos de los actores, los que quedaron frustrados por las graves lesiones resultantes del accidente, y a la posibilidad de complicaciones y cirugías futuras para algunos de ellos.

El porcentaje de incapacidad laboral no es una pauta determinante que el juzgador deba inevitablemente seguir para mensurar y resarcir el daño a la integridad psicofísica, cuando se demanda de acuerdo con el derecho civil. Como lo destaca el juez Lorenzetti en su voto (considerando catorce), si bien el porcentaje de incapacidad laboral es una pauta genérica de referencia, el juzgador debe también valorar las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere a dicha tarea un marco de valoración más amplio (Fallos: 308:1109; 312:2412; 322:2658; 326:847; 327:2722 y 329:4944). Ello es consecuencia, asimismo, de las diferencias que existen entre el régimen indemnizatorio civil y el sistema especial de reparación de los accidentes laborales (doctrina de Fallos: 305:2244 y 330:1751, disidencia del juez Lorenzetti, considerando octavo).

1°) Por último, también es atendible el agravio relacionado con la arbitrariedad de la sentencia por la reducción de las indemnizaciones de los gastos médicos, farmacéuticos y de traslados.

Después de destacar que la indemnización de dichos gastos no requiere prueba documental, que no es excluyente la circunstancia de tener una obra social y que son admisibles si resultan verosímiles y compatibles con la importancia de las lesiones, la Cámara redujo en más de un noventa por ciento el monto otorgado por el juez de primera instancia con la única argumentación de que los importes fijados "resultan elevados" por cuanto fueron solventados en su gran mayoría por la cobertura de salud de los actores, sin dar precisión alguna de las concretas circunstancias del caso consideradas por el juez (la cobertura parcial de medicamentos y otros tratamientos; la privación durante varios meses del automóvil de los actores y la necesidad de recurrir a transportes adecuados durante su rehabilitación).

En consecuencia, la sentencia resulta descalificable porque redujo en forma significativa la indemnización por gastos médicos y de traslados con un criterio injustificadamente genérico que la priva de una fundamentación suficiente para ser considerada como acto judicial válido.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara admisible la queja, procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con el alcance que se precisa. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese, y devuélvanse las actuaciones. — *Carlos F. Rosenkrantz*.

Voto del doctor *Lorenzetti*

Considerando:

1°) Que, los actores promovieron demanda por indemnización de los daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito en el que falleció una de sus hijas de un año de edad y el resto de la familia sufrió lesiones de gravedad.

Alegan que, como consecuencia del citado hecho y producto de lesiones graves, la coactora Claudia Acuña, de 44 años, quedó con una incapacidad total y permanente del 92%; el coactor Guillermo Oscar Grippo, de 41 años, con un 80% de incapacidad, y la entonces hija menor B. A. G., de 11 años, con igual porcentaje de minusvalía que su padre.

2°) Que la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al modificar la sentencia de primera instancia, en lo que aquí interesa, tras confirmar que los demandados son civilmente responsables –en forma exclusiva– de la muerte de la menor M.S.G. y de las graves lesiones sufridas por los actores en el marco del accidente automovilístico, redujo en más de un 80% la reparación fijada por el juez de primera instancia. Más específicamente, la Cámara disminuyó los montos resarcitorios por el que denomina valor vida de $ 1.300.000 a $ 200.000, por el rubro incapacidad sobreviniente de $ 850.000 a $ 300.000 para la

madre, de $ 450.000 a $ 200.000 para el padre y de $ 680.000 a $ 230.000 para la hija, y por daño moral de $ 1.500.000 a $ 250.000; de $ 1.300.000 a $ 150.000 y de $ 1.200.000 a $ 200.000, respectivamente. Esto es del total $ 8.438.400 a $ 1.560.000.

La alzada dejó sin efecto el resarcimiento establecido en concepto de asistencia integradora o ayuda doméstica, puesto que entendió que ese gasto no había sido probado y que no existían indicios con la suficiente entidad como para justificar la condena.

Con relación a la disminución de la cuantificación del concepto que el *a quo* denomina valor vida, se aseveró que los padres "permitieron la peligrosa ubicación de la niña" en el rodado (fs. 73). De la misma manera, al ponderar el daño moral, hace referencia a una "conducta imprudente de los progenitores quienes permitieron que la niña de solo un año de edad viajara sentada en las faldas de su madre" (fs. 75).

A la par, redujo los montos establecidos en concepto de gastos de movilidad de $ 110.000 a $ 5.000 y el rubro gastos médicos y de farmacia de $ 250.000 a $ 25.000, por resultar elevados, habida cuenta que los primeros habían sido reclamados por la obra social por separado y en su mayoría habían sido solventados.

Asimismo, al examinar el rubro incapacidad, el *a quo* hizo expresa mención a que dicho ítem abarcaba cualquier disminución física o psíquica que afectase la capacidad laborativa de un individuo y que se traducía en un menoscabo en cualquier tipo de actividad, sin que fuese necesario que la víctima padeciese un detrimento patrimonial o la pérdida de su fuente laboral, ya que lo que debía indemnizarse por incapacidad en materia civil era cualquier desmedro que se presentase en todas las áreas de su vida.

En ese sentido, agregó que para fijar su cuantía era necesario atender a la naturaleza de las lesiones sufridas como también a la edad de los damnificados, estado civil, condiciones personales y cómo influían negativamente en su vida futura y en las específicas aptitudes laborales.

3°) Que, contra dicho pronunciamiento, los actores dedujeron recurso extraordinario, el que denegado dio origen a la presente queja.

En sus agravios, cuestionan la sentencia con sustento en la doctrina de la arbitrariedad afirmando que dicha decisión resulta autocontradictoria, porque, por un lado, consideran que la falta de uso de los elementos de seguridad no tuvo incidencia causal en el accidente y por ello confirmó la responsabilidad exclusiva de la parte demandada, y, por otra parte, disminuyó los montos indemnizatorios sobre la base de la imprudencia de los padres en relación con la falta de uso de elementos de seguridad para la menor.

Resaltan que de la prueba pericial médica surge que la falta de colocación de cinturones de seguridad y de uso de la butaca para niños careció de relevancia para evitar o disminuir las lesiones de las actoras y el deceso de la niña, debido a la magnitud y gravedad de la colisión. Arguyen que la Cámara no expuso razones suficientes para apartarse de lo entendido por el experto.

En cuanto a la valoración de la incapacidad sobreviniente, remarcan que el tribunal le otorgó fuerza vinculante a la prueba pericial médica y luego se apartó de la misma para reducir su cuantía. En relación con la reducción del rubro que el *a quo* denominó valor vida de la niña M.S.G. -aunque después hace referencia a una chance-, cuestionan que se haya ponderado que la chance de ayuda económica de la menor era remota, que tienen otra hija que puede colaborar con la asistencia económica a los padres y el actuar imprudente de estos al momento del accidente. Alegan que la asistencia a los progenitores incluye no solo el apoyo exclusivamente económico, sino también el afectivo en la vida y en la vejez.

A modo de resumen, sostienen que la Cámara redujo en forma exorbitante todos los conceptos que integran el monto de condena e intereses, sobre la base de apreciaciones puramente subjetivas, sin fundamento probatorio alguno y con la finalidad de sancionar a las víctimas por la falta de uso de elementos de seguridad.

4°) Que, si bien los criterios para fijar el resarcimiento de los daños remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, materia ajena a la instancia del artículo 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a ese principio cuando, como sucede en el presente caso, la determinación de los daños en concepto de valor vida y daño moral realizada por el *a quo* no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias comprobadas de la causa en el caso, los principios que guían la responsabilidad civil y la reparación integral del daño (Fallos: 308:1160, "Santa Coloma"; 340:1038, "Ontiveros", entre otros).

5°) Que, de forma preliminar, cabe resaltar que esta Corte ha tenido oportunidad de expedirse respecto de la naturaleza y alcance del derecho a obtener la reparación plena e integral de los daños injustamente sufridos, al señalar que el "principio general" que establece el artículo 19 de la Constitución Nacional, según el cual se "prohíbe a los 'hombres' perjudicar los derechos de un tercero", se encuentra "entrañable-

mente vinculado a la idea de reparación" (conf. Fallos: 308:1118; 327:3753; 335:2333 y 340:1038, voto del juez Lorenzetti).

Asimismo, este Tribunal ha señalado que tanto el derecho a una reparación plena cuyo reconocimiento pretenden los accionantes, como el derecho a la integridad de la persona en su aspecto físico, psíquico y moral, y el derecho a la vida que enlaza a los dos primeros, se encuentran reconocidos por el plexo convencional incorporado al artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (conf. artículos 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4°, 5° y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Fallos: 335:2333).

Con relación a este último principio, resulta pertinente recordar, además, que de diversos y trascendentes precedentes de esta Corte se puede extraer una sólida doctrina con arreglo a la cual el principio de la reparación plena, en virtud de las diversas funciones que desempeña actualmente el sistema de la responsabilidad civil, esto es la función preventiva, la resarcitoria y la sancionatoria, se debe cumplir con dos estándares que conviene destacarlos.

Por un lado, y en virtud de las diversas características de los derechos que pueden ser lesionados (v.gr. patrimonial, extrapatrimonial, de incidencia colectiva), la reparación -*lato sensu*- del daño debe procurar una "tutela efectiva" mediante el otorgamiento de un remedio apropiado no solo a la naturaleza del derecho afectado, sino además, a la concreta situación en la que este se encuentra en virtud de la lesión (v.gr. Fallos: 239:459, "Siri"; Fallos: 241:291, "Kot"; Fallos: 320:1633, "Camacho Acosta"; Fallos: 315:1492, "Ekmekdjian"; Fallos: 331:1622, "Mendoza"; Fallos: 332:111, "Halabi"; Fallos: 337:1361, "Kersich", entre otros).

En segundo lugar, cuando por las circunstancias del caso, la reparación del daño tiene que ceñirse al otorgamiento de una indemnización sustitutiva del bien jurídico lesionado, es preciso que el *quantum* que se establezca para tal fin, ostente una extensión congruente y acorde con la entidad del perjuicio acreditado (doctrina de Fallos: 314:729, considerando 4°; 316:1949, considerando 4°; 335:2333, considerando 20; Fallos: 340:1038, voto del juez Lorenzetti, considerando 5°, entre otros).

Esta comprensión, amplia y funcional del alcance de la reparación plena, que no hace más que reflejar el permanente esfuerzo del derecho por procurar restituirle a la víctima del daño injustamente sufrido el estado anterior al evento lesivo, ha sido ampliamente receptada en los artículos 1710, 1711, 1726, 1737 y 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación, aunque tenía también suficiente y consolidado reconocimiento al amparo del Código Civil derogado, aplicable a la especie por razones de derecho transitorio, por haber ocurrido el infortunio con anterioridad a la vigencia de aquel cuerpo normativo (Fallos: 340:1038, voto del juez Lorenzetti, considerando 6°).

6°) Que la descripción anterior permite arribar a una solución fundada en un diálogo de fuentes normativas en los siguientes términos:

- que la Constitución Nacional recoge el principio de la reparación plena del perjuicio sufrido por una víctima, lo cual significa que la lesión a 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, da derecho al damnificado a una acción de responsabilidad civil, que puede tener una función preventiva o resarcitoria;

- quien pretende la reparación del daño injustamente sufrido, debe determinar si se lesionó 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;

- que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada por el ejercicio regular de un derecho u otra eximente de responsabilidad;

- que, en la especie, se han probado los daños y, al mismo tiempo, se ha acreditado tanto la autoría del evento lesivo como la vinculación causal de este con la totalidad de las consecuencias dañosas, sin que pueda atribuirse a las víctimas haber contribuido en la producción de las consecuencias dañosas.

7°) Que, a la luz de las consideraciones que anteceden sobre el alcance de la reparación plena, íntegra o integral, pierde sustento el argumento utilizado por el *a quo* para reducir en un 85% el rubro valor vida, disminuyendo la indemnización de $ 1.300.000 a $ 200.000, y en un 88%, 83% y 83% el daño moral fijado a favor del señor Guillermo Grippo, la señora Claudia Acuña y B. G., respectivamente; esto es, modificando los montos de $ 1.300.000 a $ 150.000, de $ 1.500.000 a $ 250.000 y de $ 1.200.000 a $ 200.000, respectivamente.

8°) Que cabe señalar que el *a quo* para arribar a dicha decisión tras analizar las constancias de la causa, la condena penal y las pruebas obrantes en los expedientes conexos, juzgó que la muerte de la niña M.S.G. y las graves lesiones sufridas por los actores tienen re-

lación causal con la conducta negligente y temeraria del señor Campos y que la falta de uso de elementos de seguridad no tuvo incidencia causal en los daños.

En particular, el *a quo* ponderó que la prueba pericial médica realizada en la causa conexa concluyó que la colocación de cinturones de seguridad muy difícilmente hubiera evitado las importantes lesiones que sufrieron las partes y el deceso de la niña. Agregó que ese informe pericial dictaminó que "si bien el uso de la butaca para niños pequeños podría naturalmente disminuir los efectos y consecuencias de una colisión con otro automotor, la gravedad de la embestida fue de tanta importancia que la eventualidad de sostener o no en brazos por parte de la madre a su hija es irrelevante dadas las secuelas resultantes" (fs. 67).

En tales condiciones, por lo tanto, mal pudieron incidir en la fijación del quantum resarcitorio aquellos hechos que, el propio sentenciante estimó, sobre la base de la prueba reunida, como sin incidencia causal en el resultado lesivo. Ello, por cuanto a los fines de ponderar una eventual concurrencia causal del hecho del damnificado -como lo refleja la norma del artículo 1729 del Código Civil y Comercial de la Nación- no se trata de valorar la culpa o el reproche del comportamiento de este, sino de sopesar a la luz de las reglas de la causalidad adecuada la incidencia que un determinado comportamiento del damnificado haya podido tener sobre el o los resultados dañosos (conf. anterior artículo 907 del Código Civil derogado y artículo 1726 del Código Civil y Comercial de la Nación). En definitiva, para que se pueda apreciar dicha relevancia, el hecho del damnificado debe haber sido la causa del daño pues, como se manifiesta en una clásica obra sobre la materia, "¿qué importa la acción, incluso culposa, de la víctima si nada tiene que ver con la realización del perjuicio?" (MAZEAUD, Henri y León y TUNC, André, "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil" (del francés por Alcalá Zamora y Castillo), Ejea, Bs. As., tomo II, n° 1460).

9°) Que, en ese contexto, una vez concluido que la falta de uso de elementos de seguridad no guarda relación de causalidad con los daños reclamados y que los demandados deben responder en forma exclusiva por ellos, la consideración de esa supuesta imprudencia para cuantificar los daños resarcibles se aparta de los principios del Código Civil derogado aplicable al caso y de la Constitución Nacional que rigen el sistema de la responsabilidad civil y la respectiva función resarcitoria manifestada a través de la reparación del daño.

En ese marco, ante la ausencia de relación causal entre la conducta de los padres y la producción del daño -el fallecimiento de la menor-, la disminución drástica de las indemnizaciones fijadas en concepto del llamado por el *a quo* valor vida y del daño moral fundada en su imprudencia al permitir "la peligrosa ubicación de la niña" se aparta de los artículos 1068, 1078, 1083, 1084, 1111 del Código Civil anterior y del artículo 19 de la Constitución Nacional y constituye un reproche abstracto y desvinculado de la real incidencia causal de la conducta de los padres en la producción del accidente.

En consecuencia, la sentencia incurre en autocontradicción en los fundamentos vertidos que la descalifican como acto jurisdiccional por no guardar una relación jurídica lógica. Por un lado, el pronunciamiento en base a la prueba aportada tiene por acreditada la responsabilidad civil exclusiva de los demandados en el evento ilícito y, por el otro, para reducir la indemnización por muerte de la menor, considera que hubo un imprudente obrar de sus padres, quienes habían permitido la peligrosa ubicación de la niña, lo que traduce un apartamiento de las constancias del expediente y de la adecuada interpretación de los principios del debido proceso adjetivo.

Ello, resulta aún más evidente cuando el propio pronunciamiento remarcó previamente, haciéndose eco de la prueba pericial, que la carencia de colocación de cinturones de seguridad frente a la magnitud del impacto "muy difícilmente" hubiera evitado las importantes lesiones que habían sufrido las partes y el deceso de la menor. Tan patente es la contradicción de la sentencia que, a renglón seguido, establece que "(...) no puede caber duda alguna que la imprudente actitud de los padres, al permitir que la beba viajara en brazos de su madre y no en una silla específicamente destinada a dicho fin aun cuando lo hiciera en el asiento trasero, tuvo alguna influencia causal en el deceso de la última de las nombradas (...)", por lo que concluye que al momento de la cuantificación de las partidas indemnizatorias correspondientes se tendrá en cuenta que no tenía colocado el cinturón de seguridad.

10) Que, en síntesis, la sentencia recurrida carece del debido rigor lógico de fundamentación toda vez que, sin mayores precisiones, se limita a modificar significativamente los montos indemnizatorios fijados por el juez de grado mediante una ligera actividad analítica que dista de constituir la que exige el deber jurisdiccional, pues solo se sostiene en la convicción personal de la Cámara, y en un análisis errado de la incidencia que el comportamiento de los actores pudo haber tenido en el suceso lesivo, sin otra explicación que la advertencia de que sus apreciaciones resultan justas y apropiadas a las circunstancias del caso.

11) Que en lo que respecta a la partida indemnizatoria por pérdida de un hijo, debe señalarse que aquello que se indemniza es la "pérdida de chance", esto

es la pérdida de oportunidad de que en el futuro -en el caso, la menor fallecida de un año de edad- ayude económicamente a sus padres, es decir la frustración cierta de una posibilidad de sostén para estos. Un álea con certeza de ocurrencia que desaparece por el accionar del responsable civil, importando las chances que tenían los damnificados de conservar esa situación previa al infortunio. La chance se indemniza en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador (conf. arg. artículo 1739, Código Civil y Comercial de la Nación).

Ante la muerte de un hijo, los progenitores pierden la expectativa de una ayuda económica futura cierta, aunque tengan otro u otros descendientes que serán soporte dinerario, además de espiritual, por cierto. La sola pérdida de ese sostén demuestra por sí misma el daño patrimonial constituyéndose en una presunción de existencia de daño, más no así del quantum. El hijo al crecer ayudará económicamente a aquellos por lo que la esperanza se ve frustrada ante el acaecimiento de su muerte. Se resarce esa pérdida de un hijo que tiene a la "certeza" como uno de los requisitos indispensables del daño injustamente causado.

En este sentido, esta Corte Suprema ha admitido en distintas oportunidades la indemnización de ese daño patrimonial -la "pérdida de chance"- entendida como la posibilidad de ayuda futura, tanto por el fallecimiento de hijos mayores como de hijos menores -como en la especie, en la que se produjo la lamentable muerte de una niña de un año de edad-; pues es dable admitir la frustración de aquella posibilidad de sostén para los progenitores, expectativa legítima de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 367 del Código Civil anterior, y verosímil según el curso ordinario de las cosas (conf. doctrina de Fallos: 321:487; 322:1393; 338:652), lo que se contempla expresamente en el artículo 1745, inc. c, del Código Civil y Comercial de la Nación. En definitiva, en el caso, la muerte de la menor importó la frustración cierta de una posible ayuda material para sus progenitores reclamantes.

12) Que, en cuanto a la indemnización por daño moral, esta Corte ha expresado, en diversos pronunciamientos vinculados con infortunios resueltos en el contexto indemnizatorio del Código Civil anterior, que para "la fijación del daño moral, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este" (Fallos: 321:1117; 323:3614; 325:1156 y 334:376, entre otros), y que "el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido" (Fallos: 334:376).

Por ello, en la evaluación del perjuicio moral, "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" (doctrina de Fallos: 334:376).

Ninguno de estos aspectos, sin embargo, han sido considerados por el *a quo*, al cuantificar el daño a las consecuencias extrapatrimoniales, tanto para el que se desprende de la muerte de la hija como del que surge de las secuelas padecidas por los recurrentes con motivo del accidente; más aún, la sentencia aparece nuevamente contradictoria en este punto, ya que se limita a reprochar la conducta de los padres al sostener que "(...) no cabe tampoco olvidar la conducta imprudente de los progenitores quienes permitieron que la niña de solo un año de edad viajara sentada en las faldas de su madre (...)", y, en el mismo fallo -como se sostuvo-, se tiene probado que esa supuesta negligencia no tuvo incidencia en la producción y extensión del daño, ya que este se hubiera producido de todas maneras debido a la temeraria y negligente maniobra del demandado. Esto muestra un claro apartamiento de las circunstancias concretas y comprobadas en la causa.

13) Que, de tal manera, la solución del *a quo* no satisface el requisito de fundamentación razonable exigible en las decisiones judiciales, toda vez que de los términos del pronunciamiento no se desprende una apreciación convincente del criterio empleado ni de las pautas que condujeron al resultado obtenido, de modo que no resulta posible desentrañar cómo fueron evaluados los perjuicios cuya reparación se ordena (Fallos: 300:767), con grave menoscabo de la garantía de defensa en juicio del damnificado (Fallos: 318:2600).

Es así que en distintas partes de la sentencia se leen criterios personales del juzgador que no tienen apoyo en las probanzas de la causa, referidos a la fijación de los montos indemnizatorios determinados en primera instancia -en el caso, para la "reducción" del resarcimiento-, tales como: "(...) me parecen abultados, de modo que propicio que se reduzcan (...)" -para el rubro incapacidad sobreviniente- (considerando 3º in fine); "(...) en mi concepto la suma acordada re-

sulta ciertamente muy elevada (...)" (considerando 4º) -para la partida resarcitoria correspondiente a indemnizar el daño patrimonial indirecto por la muerte de la hija de los actores- y "(...) resultan elevados (...)" (considerando 7º *in fine*) -para determinar los gastos médicos y farmacéuticos y los gastos de movilidad-.

La fijación de la indemnización debe ser razonablemente fundada (conf. arg. artículo 3° del Código Civil y Comercial de la Nación), aun en aquellos supuestos en los que, probada la existencia del daño, el juez deba justipreciarlo en función de lo previsto en el artículo 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, porque así se permite a los damnificados y a los responsables civiles conocer fehacientemente los mecanismos que llevaron a aquel a determinar una reparación y no otra, su reducción -como en el caso- o su incremento.

14) Que, sentado ello, corresponde analizar lo resuelto por el *a quo* en lo que respecta a los agravios referidos en la reducción de la indemnización por incapacidad sobreviniente.

En este aspecto, cabe recordar, que para evaluar el resarcimiento en casos en los cuales la víctima ha sufrido daños irreversibles en su integridad psicofísica, el porcentaje pericial de incapacidad laboral, aunque pueda ser útil como una pauta genérica de referencia, no constituye un patrón que el juzgador deba seguir inevitablemente (Fallos: 308:1109; 312:2412, entre otros); entre otras razones, porque no solo corresponde justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere a dicha tarea un marco de valoración más amplio (Fallos: 318:1715; 322:2658; 326:847; 327:2722; 329:4944).

15) Que, de la lectura de la sentencia recurrida surge que el *a quo* se limitó a describir genéricamente el daño sufrido por las víctimas, el carácter indiciario de los porcentuales de discapacidad fijados por los diferentes baremos, el salario y la edad, así como el nivel socioeconómico de las mismas, y concluyó que los importes fijados por ese concepto por la magistrada de grado "parecen abultados", por lo que resolvió otorgar unas sumas que calificó como "más equitativas y adecuadas a las particularidades" señaladas (fs. 2490).

Sin embargo, no especificó el método utilizado para reducir en un 56%, 65% y 66% los montos fijados en concepto de incapacidad sobreviniente a favor del señor Grippo, la señora Acuña y B.A.G., respectivamente, disminuyendo los montos de $ 450.000 a $ 200.000, de $ 850.000 a $ 300.000 y de $ 680.000 a $ 230.000. A ello, cabe agregar que la sentencia de grado no analizó de manera detallada y en consonancia con los criterios expuestos por la Corte Suprema (Fallos: 340:1038, "Ontiveros" y sus citas), no solo la capacidad laboral de los actores, sino también diversos aspectos que se proyectan en su personalidad plena, en el aspecto individual como el social, detallando que los damnificados eran deportistas y tenían proyectos para realizar un emprendimiento familiar, todo lo cual se vio afectado producto de las graves lesiones y secuelas del accidente (fs. 2343/2344).

16) Que vale la pena señalar que en este ámbito de la responsabilidad civil, la cuantificación del daño a la persona ceñida a una aplicación matemática y estricta del porcentual de incapacidad laboral que estiman los médicos en el pleito, convertiría a la delicada tarea del juez en una actividad mecánica, meramente algebraica, incompatible con la imprescindible dimensión valorativa que toda sentencia debe realizar a la hora de ponderar adecuadamente el alcance y la entidad de los intereses lesionados de la víctima.

De este modo, una reparación eficaz impone la exigencia de abandonar parámetros abstractos –elaborados para un sujeto medio e hipotético– para otorgarle pleno sentido a la reparación del daño conforme a la dimensión concreta de los perjuicios sufridos por la víctima. Solo de tal modo la tutela resarcitoria cumple con el principio cardinal, base de todo sistema jurídico, de la inviolabilidad de la persona humana.

17) Que, en tal sentido, el resarcimiento de la incapacidad definitiva se extiende también a los múltiples ámbitos en que la persona humana proyecta su personalidad integralmente considerada (Fallos: 334:376, disidencia parcial de los jueces Lorenzetti y Petracchi, considerando 12).

No se trata, por ende, de resarcir bajo este concepto, una "diferencia patrimonial a valores de mercado", sino de cubrir, lo más fielmente posible, las repercusiones que la alteración de la salud de la actora genera, aun de modo instrumental e indirecto, sobre sus potencialidades o sus otros bienes jurídicos con aptitud para la consecución de beneficios materiales.

En este orden de ideas, esta Corte ha descalificado la visión materialista de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, al sostener que en "[tal aspecto] no se agota la significación de la vida de las personas, pues las manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica integran también aquel valor vital de los hombres" (Fallos: 292:428, considerando 16; asimismo Fallos: 303:820, considerando 2°; 310:2103, considerando 10, y 312:1597; Fallos: 340:1038, voto del juez Lorenzetti, considerando 8°, entre muchos otros).

18) Que, en la aplicación de estos principios al ámbito de la protección de la integridad de la persona, esta Corte también ha resuelto reiteradamente que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas

o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues, la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (Fallos: 308:1109; 312:752, 2412; 315:2834; 316:2774; 318:1715; 320:1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:847; 334:376; y 340:1038, voto del juez Lorenzetti, considerando 7°, entre muchos otros).

Ello, por cuanto en el universo de perjuicios que integran la incapacidad sobreviniente, la faz laboral es una de las parcelas a indemnizar, la que no conforma el todo, ni la única a resarcir, sino que constituye un componente más de aquella (doctrina de Fallos: 320:451), puesto que la incapacidad sobreviniente, consecuencia indemnizable de la incapacidad permanente, se aprecia en un conjunto de funciones que la persona ya no podrá desarrollar con plenitud como consecuencia de la lesión al bien protegido "integridad psico-física".

Todos estos criterios interpretativos, por otra parte, han sido recogidos por el legislador en los artículos 1740 y 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación, que aun cuando -como se dijo- no se aplique al caso de autos, condensan los parámetros ya aceptados por la doctrina y la jurisprudencia en la materia (Fallos: 340:1038, voto del juez Lorenzetti, considerando 7°). De ahí que la última de las normas tenga en cuenta que para fijar la indemnización por incapacidad permanente se debe merituar la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, porque ambas forman parte de la integridad funcional de la persona.

19) Que, de estas premisas se sigue que la significativa reducción del monto indemnizatorio dispuesta por el *a quo* en modo alguno puede justificarse bajo fundamentos genéricos y dogmáticos, en la supuesta imprudencia de los padres por la falta de utilización de elementos de seguridad. Pues, las razones otorgadas por el tribunal para realizar una sustancial reducción de la indemnización por incapacidad sobreviniente, no logran sustentar la exigencia constitucional de adecuada fundamentación propia de toda sentencia.

20) Que, en el caso de los gastos de traslado, que la Cámara redujo en un 95% -de $ 110.000 a $ 5.000- y el de las erogaciones por los gastos médicos y de farmacia en un 90% -de $ 250.000 a $ 25.000-, por estimar que era "evidente" que los montos allí reconocidos eran elevados (fs. 2491 vta.), tampoco expresó -como ya se dijo- la manera en que arribó a esa exorbitante reducción. Máxime, cuando la sentencia de primera instancia explicó que ese rubro comprendía el reclamo por la privación de uso del rodado por los casi ocho meses en que la aseguradora demoró en la entrega del dinero correspondiente (fs. 1654/61 y 2336). Con relación a los gastos médicos y de farmacia, la Cámara tuvo en cuenta que las principales erogaciones se vieron cubiertas por la obra social y que habían sido solventados en su gran mayoría, pero no exteriorizó el método utilizado para comprender si los montos fijados resultaban suficientes para hacer frente a las secuelas del accidente. Es menester que se expliquen fundadamente los mecanismos que conducen no solo a la reducción de la indemnización, sino también a su fijación o a su incremento.

21) Que, en suma, la decisión apelada frustró el derecho de las víctimas a una reparación plena del daño, sin proporcionar ningún tipo de fundamentación que justificara los valores establecidos.

Cabe recordar, en este orden de cosas, que el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada, circunstancia que impone el deber de exhibir un proceso argumentativo susceptible de control (arg. artículo 3° del Código Civil y Comercial de la Nación). Tanto más cuanto si, como ocurre en la especie, el fallo modifica sustancialmente los montos de la sentencia apelada sin exhibir -más allá del libre arbitrio- el criterio empleado para el cálculo de la indemnización que pusiera en evidencia el yerro en el que habría incurrido la cuantificación realizada por el juez de grado (arg. artículo 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Esta exigencia de razonable fundamentación -que recoge expresamente el artículo 3° del Código Civil y Comercial de la Nación- trasciende el ámbito estrictamente procesal, pues, una fundamentación idónea de la sentencia además de tener por finalidad garantizar el examen por parte de los justiciables de la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto que ha realizado el sentenciante (doctrina de Fallos: 342:1261), hace pie en la esencial unidad del orden jurídico, en la cual, derecho sustancial y proceso encuentran un vínculo indisociable para su realización.

22) Que, por último, esta Corte ha señalado que corresponde invalidar el fallo si resulta pasible de serias objeciones en cuanto a la fundamentación que deben llevar las sentencias de los jueces por mandato constitucional, al no basarse sino en fundamentos aparentes (Fallos: 321:1429), que impiden a las partes a verificar cuál ha sido el método seguido para fijar aquel importe indemnizatorio (Fallos: 323:1779; 326:1969; 327:5528). Y tal situación es la que se verifica en el caso en el cual el *a quo* se limitó a fijar dogmáticamente la indemnización sin proporcionar ningún tipo de fundamentación que justificara los valores que alcanzó.

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara procedente la queja, formalmente ad-

misible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se proceda a dictar un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Ricardo L. Lorenzetti*.

La Corte Suprema y las cuentas matemáticas para cuantificar la incapacidad sobreviniente

Una relación tortuosa con final feliz

Sebastián Picasso (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Una constante: el principio de reparación integral como mecanismo para controlar la cuantificación del daño.— III. Una novedad: obligatoriedad de los cálculos matemáticos para cuantificar incapacidades y muerte.

"Love thou art high
I cannot climb thee
But were it Two
Who know but we
Taking turns at the Chimborazo
Ducal at last stand up by thee"
Emily DICKINSON

I. Introducción

Y un día, los dos se miraron a los ojos y nació el amor. No fue, ciertamente, un amor a primera vista; tuvo sus avances y retrocesos, sus escarceos, recelos y desconfianzas. Pero al cabo, los amantes terminaron aceptando mutuamente que no podían vivir el uno sin el otro.

Esta es, en definitiva, la historia de la relación entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las cuentas matemáticas como mecanismo de cálculo de la incapacidad sobreviniente (y también del denominado "valor vida"), que tiene en el fallo "Grippo", que ahora comentamos, un nuevo y emocionante capítulo. Y una definición muy concreta en el sentido de que el juez no puede prescindir de los cálculos matemáticos para cuantificar esta clase de indemnizaciones.

En el caso, la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil redujo sensiblemente (en más de un 50%) los montos otorgados en primera instancia a los actores, en concepto de incapacidad sobreviniente y "valor vida". Según lo señala la Corte, la alzada empleó "pautas excesivamente genéricas que no permiten verificar cuál fue el criterio

(*) Doctor en Derecho (UBA). Magíster en Derecho Privado (Universidad de París XII). Profesor regular titular de la materia "Obligaciones Civiles y Comerciales" en la Facultad de Derecho (UBA). Profesor de posgrado en diversas universidades de la Argentina y el extranjero. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Miembro del equipo de trabajo que colaboró con la Comisión de Reforma en la elaboración de los arts. 1708 a 1780 del Cód. Civ. y Com. Miembro de la comisión redactora del proyecto de reforma integral de la Ley de Defensa del Consumidor.

seguido para fijar dicho importe" **(1)**, además de fundarse en una supuesta interrupción parcial del nexo de causalidad que —a ojos del alto tribunal— tampoco se encontraba justificada **(2)**.

Aunque la cuestión versaba —evidentemente— sobre el derecho común, la Corte Suprema decide abrir el recurso extraordinario, con fundamento en la lesión del derecho a la reparación integral que —de acuerdo con la jurisprudencia del mismo tribunal— encuentra sustento en el art. 19 de la CN, además de en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional. De este modo, el fallo se emparenta con una serie de precedentes anteriores de la Corte Suprema que, empleando la misma llave (la lesión del principio de reparación integral), habían incursionado en cuestiones atinentes a los mecanismos para cuantificar diversas clases de perjuicios. Sin embargo, en esta ocasión la Corte federal es mucho más explícita en el sentido de que los jueces no pueden soslayar los cálculos matemáticos a la hora de evaluar estas partidas. En este último aspecto radica la novedad del pronunciamiento que anotamos.

Así las cosas, la continuación de una línea jurisprudencial ya inaugurada hace un tiempo, por un lado, y la novedad representada por la introducción obligatoria de criterios matemáticos, por el otro, serán objeto de análisis en las líneas que siguen.

II. Una constante: el principio de reparación integral como mecanismo para controlar la cuantificación del daño

Es sabido que, a partir de los precedentes "Santa Coloma" **(3)**, "Gunther" **(4)** y "Luján" **(5)** —dictados todo el mismo día, el 05/08/1986—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que el principio *alterum non laedere* tiene raíz constitucional, y se encuentra implícito en el art. 19 de nuestra Carta Magna **(6)**. Esa constatación permitió al máximo tribunal federal reprochar a la cámara de apelaciones —en el caso "Santa Coloma"— haber considerado que el daño moral tiene carácter sancionatorio y, con ese fundamento, haber otorgado a los actores (terceros damnificados por la muerte de sus hijas en un accidente de ferrocarril) una suma ínfima, "meramente nominal", lo que importaba "renunciar expresamente y en forma apriorística a mitigar de alguna manera —por imperfecta que sea— el dolor que dice comprender" **(7)**.

Se observa de este modo que, desde el mismo momento en que la Corte reconoció estatus constitucional al deber general de no dañar al prójimo, comenzó a emplear esa idea para controlar, en casos extremos, el importe del resarcimiento otorgado por los jueces del fondo.

En los otros dos precedentes ("Gunther" y "Luján"), la Corte estableció que las pensiones de retiro de miembros de las fuerzas armadas y de seguridad tienen naturaleza previsional, y que, por lo tanto, el principio *alterum non laedere* comandaba adicionar a esas sumas la reparación de los daños sufridos por las víctimas. Esos dos fallos también contienen un enunciado de gran trascendencia —y que tendría no pocas repercusio-

(1) CS, 02/09/2021, "Grippo", consid. 9º del voto del Dr. Rosenkrantz.

(2) Esta última cuestión, sin embargo, no es objeto de tratamiento en el voto de la mayoría, sino en los votos concurrentes de los ministros Rosenkrantz y Lorenzetti. Soslayaremos ese aspecto del fallo en nuestro comentario, dirigido ante todo a los criterios que, a juicio del tribunal, deben guiar la cuantificación de las reparaciones por incapacidad sobreviniente y muerte.

(3) Fallos 308:1160.

(4) Fallos 308:1118.

(5) Fallos 308:1109.

(6) Aunque el tribunal no lo aclaró en estos términos, es evidente que se parte de una interpretación *a contrario* de la norma constitucional recién mencionada. Si las acciones privadas de los hombres, que son las que no perjudican a terceros, están exentas de la autoridad de los magistrados, entonces puede también afirmarse que las que sí lesionan intereses ajenos están sujetas a su autoridad; o, en otras palabras, que están vedadas por el ordenamiento jurídico.

(7) CS, "Santa Coloma", cit., consid. 7º. Asimismo, en ese fallo también se reprochó a la cámara de apelaciones haber negado una indemnización a título de pérdida de chance, con fundamento en que la holgada situación de los actores no hacía razonable prever que podrían recibir en el futuro ayuda económica de sus hijas, pues, al decidir de ese modo, se había pasado por alto la circunstancia de que el apoyo económico que los hijos pueden brindar a sus padres, en determinados medios, puede traducirse más frecuentemente en la colaboración en la gestión del capital familiar, según su envergadura, cuando la edad de los progenitores así lo exija (consid. 4º).

nes en el futuro—, pues afirman que las normas del Código Civil que regulan la responsabilidad por daños son una reglamentación del referido principio, y que, por consiguiente, "la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica" **(8)**.

Un paso más dio la Corte federal en la causa "Pérez Fredy" **(9)** (del 24/08/1995), en la cual —aunque la cuestión se resolvió por referencia al principio de congruencia— se produjo un desarrollo de importantes consecuencias: al carácter constitucional del deber de no dañar se añadió que también tiene ese rango el principio de reparación integral. En palabras del máximo tribunal: "el principio —de igual jerarquía— de que la reparación debe ser integral, tiene el preciso alcance que surge de su enunciado en el sentido de que todo el daño causado debe ser resarcido" **(10)**.

La elevación al rango constitucional del principio de reparación integral dio lugar a una serie de decisiones posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de las cuales relevaremos las más importantes a continuación.

En este orden de ideas, el 17/03/1998, en la causa "Peón" **(11)**, la Corte hizo lugar a un recurso extraordinario contra la sentencia de una cámara de apelaciones que había excluido la reparación de la pérdida de chance en función de la corta edad del fallecido (36 horas de vida), ya que aun en estos casos —según sostuvo el máximo tribunal— es dable admitir la frustración de una posibilidad de futura ayuda y sostén para los progenitores, expectativa legítima y verosímil según el curso ordinario de las cosas, particularmente en medios familiares de condición humilde. Por consiguiente, concluyó la Corte que la cámara había frustrado "con manifestaciones puramente dogmáticas, el derecho de las víctimas a una reparación integral" **(12)**.

El siguiente hito en la materia estuvo constituido por el precedente "Aquino", del 11/09/2004 **(13)**. En ese caso, la Corte descalificó por inconstitucional el inc. 1º del art. 39 de la ley 24.557 (de Riesgos del Trabajo), que vedaba al trabajador demandar al empleador —en caso de accidentes o enfermedades del trabajo— por la vía del derecho común, salvo que existiere dolo del patrono. Para concluir de ese modo, recordó el tribunal: "Que el art. 19 de la CN establece el 'principio general' que 'prohíbe a los *hombres* perjudicar los derechos de un tercero'*: alterum non laedere*, que se encuentra 'entrañablemente vinculado a la idea de reparación'. A ello se yuxtapone, que 'la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil solo consagra el [citado] principio general', de manera que la reglamentación que hace dicho código en cuanto 'a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica' ('Gunther c. Estado Nacional', Fallos: 308:1118, 1144, considerando 14; asimismo: Fallos: 308:1109)" **(14)**. Partiendo de esa base, y habiendo constatado que la Ley de Riesgos del Trabajo solo indemnizaba daños materiales y, dentro de estos, únicamente el lucro cesante (que, asimismo, evaluaba menguadamente), concluyó la Corte que aquella "no se adecua a los lineamientos constitucionales antes expuestos" **(15)**. A lo que se suma que, en este caso, el perjudicado por la disposición que veda reclamar una reparación plena es el trabajador, sujeto de "preferente tutela constitucional" **(16)**.

(8) CS, "Gunther", cit., consid. 14 (al que remite "Luján").

(9) Fallos 318:1598.

(10) "Pérez Fredy", cit., consid. 9º. Una vez más, el tribunal no explicitó el razonamiento que subyace a esta idea, pero aquel puede colegirse sin mayores dificultades: el deber general de no dañar implica que, cada vez que se causa un perjuicio —y están presentes los restantes elementos de la responsabilidad civil—, la víctima debe ser indemnizada. Ahora bien, indemnizar significa volver las cosas al estado anterior al hecho dañoso, lo que conlleva la idea de una reparación integral o plena. De ahí que el carácter constitucional del deber general de no dañar conduce naturalmente al de la reparación plena, que —por consiguiente— también tiene aquel carácter.

(11) Fallos 321:487.

(12) CS, "Peón", cit., consid. 2º.

(13) Fallos. 327:3753.

(14) CS, "Aquino", cit., consid. 3º del voto de la mayoría.

(15) *Id.*, consid. 7º del voto de la mayoría.

(16) Ibid.

Con todo, el tribunal consideró importante aclarar que "el desenlace de este litigio no implica la censura de todo régimen legal limitativo de la reparación por daños". Todo dependerá, entonces, de si existen buenas razones que autoricen al legislador a —eventualmente— proceder de ese modo. Ostensiblemente, esto último no era lo que ocurría en el caso, en el cual resultaba impensable que fuese "precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales" **(17)**.

El hilo del principio de reparación integral fue también retomado por la Corte en "Rodríguez Pereyra", del 27/11/2012 **(18)**, para invalidar el sistema de la ley 19.101, en tanto establecía una indemnización única para los conscriptos que sufriesen daños como consecuencia de actos de servicio. Una vez más, el tribunal recordó que el sistema de responsabilidad consagrado en el Código Civil constituye una reglamentación del deber general de no dañar, de rango constitucional, que el principio de reparación integral tiene el mismo estatus, y que este no se satisface "si el resarcimiento —derivado de la aplicación de un sistema resarcitorio especial o producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces— resulta en valores irrisorios o insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible" **(19)**. Así las cosas, la declaración de inconstitucionalidad de la norma se justificaba en que "el monto de la 'indemnización' al que se arriba al aplicar los parámetros del sistema fijado por el régimen especial no repara integralmente el daño sufrido por el actor, circunstancia que sí se da en la sentencia apelada que se sustenta en el derecho común, en el que no solo se tiene en cuenta el resarcimiento del perjuicio moral que el sistema especial no contempla, sino también otras pautas que exceden de la mera incapacidad, tales como las consideradas por los jueces de la causa: el daño patrimonial comprensivo del lucro cesante, la pérdida de integridad física y el daño estético, teniendo en cuenta a su vez la gravedad de los hechos, la incidencia en los múltiples ámbitos en que el sujeto proyecta su personalidad, la condición económico-social, el sexo, la edad, el estado civil y la expectativa de vida económicamente útil" **(20)**.

Finalmente, el máximo tribunal nacional trató nuevamente acerca de esta cuestión en la causa "Ontiveros", del 10/08/2017 **(21)**. En la especie, una jueza mendocina, quien había sufrido un accidente laboral que le había dejado secuelas incapacitantes en un 60% de su capacidad obrera, demandaba la reparación de esos perjuicios. La Suprema Corte de Justicia de Mendoza había disminuido sustancialmente la indemnización otorgada en las instancias inferiores, con diversos fundamentos (entre los que se encontraba que la damnificada había conservado su trabajo y había continuado percibiendo su salario). Para descalificar esta decisión, la Corte nacional —por mayoría— recordó que "tanto el derecho a una reparación integral —cuyo reconocimiento busca obtener la actora— como el derecho a la integridad de la persona en su aspecto físico, psíquico y moral y el derecho a la vida que enlaza a los dos primeros, se encuentran reconocidos por el plexo convencional incorporado al art. 75, inc. 22, de la CN (conf. arts. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4º, 5º y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Fallos: 335:2333)". También memoró que este principio no se ve satisfecho "si el resarcimiento —producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces— resulta en valores insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible" **(22)**.

A renglón seguido, el tribunal entendió —por mayoría— que la indemnización integral por lesiones o incapacidad física o psíquica procede, aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada, pues dicha disminución indudablemente influye sobre las posibilidades que tendría la víctima para obtener ascensos en su carrera, o reinsertarse en el mercado laboral, en el caso de que tuviera que abandonar las tareas que venía desempeñando. Además, con-

(17) *Id.*, consid. 14 del voto de la mayoría.

(18) CS, "Rodríguez Pereyra", Fallos 335:2333.

(19) *Id.*, consid. 20º del voto de la mayoría.

(20) *Id.*, consid. 22 del voto de la mayoría.

(21) Fallos 340:1038.

(22) Id., consid. 4º del voto de la mayoría.

sideró que la incapacidad física del trabajador suele producirle un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en su actividad social, deportiva, etcétera; y que ese perjuicio debe ser objeto de reparación al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y del daño moral. Por ese motivo, la Corte federal consideró insuficiente la reparación, por parte de la Corte mendocina, de la "incapacidad vital" **(23)** de la actora (único rubro patrimonial que el superior tribunal provincial había tenido en cuenta), y del daño moral. Finalmente, el máximo tribunal nacional señaló —a mayor abundamiento— que "el monto establecido por la corte provincial a valores de octubre de 2012 es notoriamente inferior al total de las prestaciones dinerarias mínimas que —para fines de ese mes— estaban contempladas en el sistema especial de reparación de daños derivados de accidentes de trabajo previsto en las leyes 24.557 y 26.773 y su reglamentación. (...) Y ciertamente resulta inconcebible que una indemnización civil, que debe ser integral, ni siquiera alcance a las prestaciones mínimas que el sistema especial de reparación de los accidentes laborales asegura a todo trabajador con independencia de su nivel de ingreso salarial" **(24)**.

Se advierte hasta aquí, entonces, que el carácter constitucional del deber general de no dañar, y de su correlato, el principio de reparación integral, ha permitido a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a lo largo de los años: a) declarar inconstitucionales normas que reducían la indemnización respecto de lo que la víctima podría haber obtenido acudiendo a una reparación plena por la vía del derecho común; b) considerar arbitraria la no inclusión de ciertos rubros en la cuenta indemnizatoria, como sucede —en particular— con la pérdida de chance (incluso la referida a las chances de obtener ascensos en la carrera, o procurarse un nuevo empleo), y c) controlar la cuantía de la indemnización otorgada por los tribunales inferiores, en los casos extremos en la que esta aparezca notoriamente insuficiente con relación a los perjuicios realmente sufridos por el damnificado. En esta última tarea, la Corte se había negado, hasta ahora, a asignar un valor determinante a los porcentajes de incapacidad determinados pericialmente, y había subrayado repetidas veces que, al margen de las tareas remuneradas que realizara la víctima, y que pudieran haberse visto afectadas por el hecho ilícito, es preciso también tener en cuenta lo que suele denominarse como "incapacidad vital" **(25)**, entendida como la imposibilidad por parte del damnificado de llevar a cabo actividades que no reportan una utilidad económica pero que, sin embargo, son patrimonialmente mensurables e inciden en diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo.

Esta última tendencia, sin embargo, se ve parcialmente desdibujada ahora por la sentencia dictada por el alto tribunal en la causa "Grippo". En este caso, el principio de reparación integral permite a la Corte avanzar un escalón más, y establecer que la cuantificación del daño debe efectuarse según "criterios objetivos", lo cual implica que los jueces no pueden dejar de considerar los cálculos matemáticos a la hora de evaluar los perjuicios derivados de la incapacidad sobreviniente y el corrientemente llamado "valor vida". De este modo, la Corte federal se reconcilia, finalmente, con las fórmulas matemáticas, en parcial consonancia con lo que —por otra parte— resulta ahora de forma expresa del texto del art. 1746 del Código Civil y Comercial.

III. Una novedad: obligatoriedad de los cálculos matemáticos para cuantificar incapacidades y muerte

La Corte Suprema de Justicia de la Nación miró tradicionalmente con desconfianza el empleo de fórmulas matemáticas para cuantificar daños derivados de la muerte o la incapacidad permanente. La lectura de varios de sus precedentes permite advertir que el tribunal cayó, durante mucho tiempo, en la trampa de considerar que acudir a criterios matemáticos equivale a una suerte de "monetización" de la vida humana, incompatible con la dignidad de la persona.

(23) Empleamos esta expresión para aludir a las tareas no remuneradas que realizaba la víctima, pero que son, de todos modos, mensurables económicamente, porque para suplirlas es necesario contratar a alguien que las cumpla en lugar del damnificado.

(24) *Id.*, consid. 9º del voto de la mayoría.

(25) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990, t. 2-A, p. 48.

Así, en el ya citado precedente "Aquino", la Corte había sostenido: "la jurisprudencia del tribunal cuenta con numerosos antecedentes que han profundizado la razón de ser de los alcances reparadores integrales que establecen las mencionadas normas del Código Civil las cuales, como ha sido visto, expresan el también citado 'principio general' enunciado en la Constitución. Cabe recordar, entonces, que el 'valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia. No se trata, pues, de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquellas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo. Resulta incuestionable que en tales aspectos no se agota la significación de la vida de las personas, pues las manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica integran también aquel valor vital de los hombres'. Es, lo transcripto, la *ratio decidendi* expuesta ya para el 26 de agosto de 1975 (Fallos: 292:428, 435, considerando 16; asimismo: Fallos: 303:820, 822, considerando 2º; 310:2103, 2111, considerando 10, y 312:1597, 1598, entre muchos otros), y que el paso del tiempo y las condiciones de vida que lo acompañaron no han hecho más que robustecer, sobre todo ante la amenaza de hacer del hombre y la mujer, un esclavo de las cosas, de los sistemas económicos, de la producción y de sus propios productos (Juan Pablo II, *Redemptor hominis*, 52)" **(26)**.

El párrafo que acabamos de transcribir aparece —cuanto menos— confuso, pues nadie duda (tampoco quienes hemos sostenido desde hace tiempo la necesidad de acudir a fórmulas matemáticas) que las "manifestaciones del espíritu" no susceptibles de medida económica están también amparadas por el derecho, dado que este protege tanto los intereses patrimoniales como los extrapatrimoniales de las personas. Empero, la lesión de esta última clase de intereses da lugar a consecuencias en la esfera extrapatrimonial, que deben ser resarcidas a título de daño moral. En cambio, el daño patrimonial, y en particular, el lucro cesante derivado de la minoración de las capacidades de una persona para realizar actividades que son económicamente mensurables —o el que resulta de la muerte de quien en vida realizaba aportes a favor de los damnificados indirectos— implica, por definición, una lesión de intereses pecuniarios, y tiene por consecuencia la frustración de una ganancia esperada. Por esa razón, su resarcimiento debe atender necesariamente a cálculos matemáticos, pues esa es la única manera de evaluar numéricamente, y con cierta exactitud, la magnitud de la ganancia perdida.

En puridad, cuando se mira la cuestión más de cerca, se advierte que el núcleo de la resistencia de la Corte a aceptar la aplicación, en estos casos, de criterios matemáticos, consistía en señalar que el resarcimiento no debe comprender solo la pérdida de ingresos derivada de la incapacidad (o de la muerte), sino también la evaluación de otras actividades no remuneradas, pero económicamente mensurables, que la víctima ya no puede hacer —o se ve dificultada de emprender— a partir del hecho ilícito.

En este último sentido, el máximo tribunal nacional ha insistido reiteradamente en la idea según la cual: "cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida" **(27)**.

Una vez más es preciso apuntar que la fórmula empleada por el tribunal no era la más feliz, dado que la idea según la cual "la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable", tomada aisladamente, podría conducir a la conclusión —errónea, por cierto— de que hay que poner un "precio" al cuerpo humano (¿cuál sería ese precio?, ¿cómo se determinaría?), lo que desvirtuaría por completo el carácter extrapatrimonial del derecho personalísimo que cada persona tie-

(26) CS, "Aquino", cit., consid. 3º del voto de la mayoría.

(27) Fallos 308:1109; 312:752 y 2412; 315:2834; 327:3753; 329:2688, 334:376, 335:2333, entre otros.

ne sobre su integridad física **(28)**. De hecho, el propio art. 17 del Cód. Civ. y Com. determina lo contrario, al disponer que "Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social".

En realidad, esa frase desafortunada debe ser puesta en el contexto de las restantes referencias efectuadas en el párrafo recién transcripto, y en particular, de la idea según la cual la lesión de la integridad física "afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida". De lo que se trata, entonces —según la Corte— es de que la reparación no debe limitarse al lucro cesante que resulte de la minoración de las actividades remuneradas que llevaba adelante el damnificado, sino que también debe incluir la evaluación de las tareas que esa misma persona realizaba en otros ámbitos (doméstico, social, cultural y deportivo). La afectación de esta última clase de actividades puede lesionar tanto intereses extrapatrimoniales (cuyas consecuencias deben ser resarcidas a título de daño moral) como patrimoniales —porque, v.gr., si el damnificado ya no puede vestirse o trasladarse por sí mismo es preciso suplir esas tareas mediante el pago de una suma de dinero a alguien que lo ayude; e incluso las actividades sociales o deportivas pueden tener indirectamente consecuencias económicas, si permiten a quien las lleva a cabo relacionarse con terceros con los que podría terminar realizando emprendimientos lucrativos, o afianzar los que ya está efectuando **(29)**—.

La insistencia sobre la importancia de tener en cuenta esta "incapacidad vital" —y la consiguiente insuficiencia que, a ojos de la Corte, tendrían los cálculos matemáticos, que solo aprehenderían el aspecto relacionado con la pérdida de ganancias— aparece también reflejada en el caso "Ontiveros", ya reseñado. Dijo el tribunal, en esa oportunidad: "que la incapacidad física del trabajador suele producirle un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en su actividad social, deportiva, etcétera; y que ese perjuicio debe ser objeto de reparación al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y del daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable. De ahí que los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos —aunque elementos importantes que se deben considerar— no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente toda vez que no solo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afectan a la víctima, tanto desde el punto de vista individual

(28) En ese sentido, al comentar el precedente "Ontiveros", Pizarro apuntó —con razón— que la idea según la cual la integridad física tiene un valor en sí misma trasunta un desenfoque conceptual acerca de la noción de daño resarcible. En palabras del citado jurista: "El daño resarcible es siempre una consecuencia perjudicial —patrimonial o extrapatrimonial (espiritual)— que deriva de la lesión a un derecho o a un interés. La lesión a la integridad física de una persona no es en sí misma indemnizable, no ser que se proclame que la vida humana y la integridad psicofísica y espiritual tienen un valor económico en sí mismo, independiente de sus repercusiones (daño lesión o daño evento y no daño consecuencia perjudicial), lo cual creíamos que estaba largamente superado en el derecho argentino. Nosotros preferimos interpretar el fallo de la Corte, en este punto, de la siguiente manera: las lesiones a la integridad psicofísica de una persona son indemnizables en cuanto arrojen consecuencias perjudiciales económicas y espirituales, que deben ser calibradas con prudencia y flexibilidad por los tribunales. Con relación a las primeras, el daño económico que deriva de la incapacidad (en este caso permanente) tiene que ser valorado cualitativamente y cuantificado ponderando no solo la incapacidad productiva, sino también la llamada incapacidad vital; por lo tanto, debe comprender todas las implicancias económicas disvaliosas que dimanan de la incapacidad, que no están reflejadas o enjugadas por la actividad productiva que no se ha visto resentida. Lo que no puede hacerse es mandarse a indemnizar el daño patrimonial calibrado con toda dicha amplitud y el daño moral estimado bajo similar perspectiva, y además reconocerse un rubro autónomo por 'incapacidad' o 'daño a la integridad física en sí misma', que luciría no solo desajustado conceptualmente, sino reñido con el propio principio de la reparación integral, al condenar a pagar bajo distintos *nomen iuris* dos veces una misma indemnización" (PIZARRO, Ramón D., "El derecho a la reparación integral desde la perspectiva constitucional", LA LEY, 2017-D, 652).

(29) De todos modos, debe coincidirse con Acciarri en que este último caso (afectación de actividades no remuneradas que podrían repercutir eventualmente en beneficios económicos futuros) no forma parte, propiamente, de la "incapacidad vital", sino que el perjuicio resultante debe calcularse juntamente con la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas (ACCIARRI, Hugo, "Cuantificación de incapacidades desde la vigencia del Código Civil y Comercial", RDD 2021-1, ps. 43 y 44).

como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio".

Sin embargo, las desavenencias entre la Corte y las fórmulas matemáticas encuentran un inesperado —pero muy bienvenido— punto final en el caso que ahora comentamos. No es que el tribunal haya abandonado la idea de que también debe indemnizarse la "incapacidad vital" (lo que es correcto) y de que, en este punto, las fórmulas matemáticas no tendrían cabida (lo que es inexacto), pero sí se aprecia que la Corte ha advertido finalmente —posiblemente influida por la clarísima redacción del art. 1746 del Cód. Civ. y Com., a la que luego nos referiremos— que la única manera de encontrar parámetros objetivos para valorar el lucro cesante derivado de la incapacidad sobreviniente, y también de la muerte, consiste en aplicar esa clase de cálculos. Y ha convertido ese método en una exigencia para los jueces, derivada del mismísimo principio de la reparación integral.

El razonamiento de la Corte en "Grippo" comienza —como en los restantes precedentes ya citados— por enunciar la idea según la cual toda persona tiene derecho a una reparación integral de los daños sufridos, y recuerda que ese principio tiene carácter constitucional y "está expresamente reconocido por el plexo convencional incorporado al artículo 75, inciso 22, de la Ley Fundamental" **(30)**. Esto permite a la Corte federal ingresar en el análisis de la forma en que la cámara evaluó los daños, pues "dicha reparación integral no se logra si el resarcimiento que se admite como modo de reparar los daños ocasionados se concreta en valores económicos insignificantes en relación con la entidad del daño que pretende resarcirse" **(31)**.

Hasta aquí, no hay nada nuevo bajo el sol. Pero unos párrafos más adelante el tribunal añade que es preciso considerar "criterios objetivos" para determinar la suma indemnizatoria en cada caso, de modo de evitar "valoraciones sumamente dispares respecto de un mismo daño sin motivos razonables y/o de entidad que lo justifiquen" **(32)**. Añade que esos criterios objetivos se relacionan, asimismo, con la seguridad jurídica, "que también cuenta con jerarquía constitucional (...) dadas las diferentes posturas que se observan al momento de cuantificar los mismos ítems indemnizatorios —incapacidad y valor vida— en los distintos fueros que integran el Poder Judicial de la Nación" **(33)**.

La pregunta que queda planteada es, entonces, cuáles serían esos "criterios objetivos". La Corte responde con dos pautas fundamentales: a) se debe acudir —aunque más no sea, como criterio orientador— a fórmulas matemáticas, elaboradas a partir del porcentaje de incapacidad laboral determinado en cada caso, y b) en cualquier caso, las sumas que, para la clase de daño de que se trate, resultan de la aplicación de la Ley de Riesgos del Trabajo, constituyen un "piso" mínimo del que los jueces no pueden —en principio— apartarse, cuando evalúan esa misma clase de daños desde la óptica del derecho común. Si esto último ya había sido adelantado en la causa "Ontiveros" —según se ha reseñado *supra*—, lo primero es una verdadera novedad, e implica un importante cambio de postura del máximo tribunal federal respecto del empleo de cálculos matemáticos para cuantificar esta clase de perjuicios.

En efecto, aunque el tribunal empieza sosteniendo que —como norma— no cabe recurrir a "criterios matemáticos", ni "aplicar las fórmulas utilizadas por la ley de accidentes de trabajo", inmediatamente relativiza esa idea, al afirmar que esos criterios son "una pauta genérica de referencia que *no debe ser desatendida* por quienes tienen a su cargo la tarea de cuantificar los daños" **(34)**.

De modo que, a partir del precedente "Grippo", los jueces no pueden soslayar la aplicación de criterios matemáticos para evaluar las indemnizaciones por muerte e incapacidad sobreviniente, aunque —en palabras de la Corte— el cálculo resultante sea solo una "pauta orientadora". De hecho, el tribunal se cuida bien de destacar que la aplicación de estos "criterios objetivos" no importa "desconocer la facultad propia de los magistrados de adecuar el monto de la reparación

(30) CS, "Grippo", consid. 3º del voto de la mayoría.

(31) *Id.*, consid. 4º del voto de la mayoría.

(32) *Ibid.*

(33) *Id.*, consid. 5º del voto de la mayoría.

(34) *Id.*, consid. 4º del voto de la mayoría; el resaltado es nuestro.

a las circunstancias y condiciones personales del damnificado habida cuenta del margen de valoración de que aquellos gozan en la materia (art. 165, Cód. Civ. y Com.), sino recurrir a pautas meramente orientadoras que permitan arribar a una solución que concilie de la mejor manera posible los intereses en juego y evite —o cuanto menos minimice— valoraciones sumamente dispares respecto de un mismo daño sin motivos razonables y/o de entidad que lo justifiquen" **(35)**.

Es evidente que el carácter "meramente orientador" de las fórmulas matemáticas —y también, de la aplicación como "piso" mínimo de las sumas reconocidas por el sistema de riesgos del trabajo— está dado, una vez más, por la consabida postura del tribunal según la cual el resarcimiento no puede limitarse, en estos casos, a la pérdida de ingresos resultantes de tareas remuneradas, sino que también debe comprender la "incapacidad vital". Al respecto, son elocuentes los votos concurrentes de los Dres. Rosenkrantz —quien señala que "si bien el porcentaje de incapacidad laboral es una pauta genérica de referencia, el juzgador debe también valorar las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que confiere a dicha tarea un marco de valoración más amplio" **(36)**— y Lorenzetti —en cuyo criterio, "para evaluar el resarcimiento en los casos en los cuales la víctima ha sufrido daños irreversibles en su integridad psicofísica, el porcentaje pericial de incapacidad laboral, aunque pueda ser útil como una pauta genérica de referencia, no constituye un patrón que el juzgador deba seguir inevitablemente (...); entre otras razones, porque no solo corresponde justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere a dicha tarea un marco de valoración más amplio" **(37)**—.

Entonces, a criterio del máximo tribunal federal, los jueces deben aplicar, en primer lugar, cálculos matemáticos, en función de los porcentajes de incapacidad laboral reconocidos pericialmente, y luego tienen que adecuar esos cálculos al caso específico, lo que implica adicionar un monto extra en concepto de "incapacidad vital".

Finalmente, como ya lo adelantamos, el fallo también es terminante al señalar que "resulta ineludible que, al tiempo de determinar el monto indemnizatorio por incapacidad sobreviniente y valor vida, los magistrados intervinientes tengan en cuenta como pauta orientadora las sumas indemnizatorias que establece el régimen de reparación de riesgos del trabajo para esos mismos rubros, lo que coadyuvará a arribar a una decisión que —más allá de las particularidades propias de cada régimen indemnizatorio— no desatienda la necesaria armonía que debe regir en el ordenamiento jurídico cuando no se evidencian razones de entidad para un proceder diferente" **(38)**.

En definitiva, el análisis del caso "Grippo" permite extraer las siguientes reglas: a) la exigencia de que la reparación sea integral, juntamente con el principio de seguridad jurídica —también de raíz constitucional—, debe conducir a los tribunales a guiarse por "criterios objetivos" a la hora de cuantificar la incapacidad sobreviniente y el "valor vida"; b) para cumplir con esa pauta, resulta de imperiosa consideración la aplicación de fórmulas matemáticas, ajustadas a los porcentajes de incapacidad establecidos pericialmente; c) además de la utilización de esas fórmulas, el juez debe también reparar la repercusión que las secuelas físicas y psíquicas tienen en la realización para la víctima de otras actividades de la vida cotidiana que no implican la obtención de una ganancia, pero que son económicamente mensurables ("incapacidad vital"), y d) en cualquier caso, hay un "piso mínimo" del cual el magistrado no puede —en principio— apartarse, que está constituido por las sumas indemnizatorias que establece el régimen de reparación de riesgos del trabajo para esos mismos rubros.

A esta altura del análisis, es menester poner de resalto que estas nuevas y valiosas precisiones que ahora formula la Corte acercan el criterio del máximo tribunal —pero sin hacerlo coincidir totalmente— a lo que de hecho establece el art. 1746 del Cód. Civ. y Com., que regula expresamente la forma de cuantificar el resarcimiento por incapacidad sobreviniente (y también, ana-

(35) *Ibid.*

(36) *Id.*, consid. 9º del voto del Dr. Rosenkrantz.

(37) *Id.*, consid. 14 del voto del Dr. Lorenzetti.

(38) *Id.*, consid. 6º del voto de la mayoría.

lógicamente, por "valor vida"). Es llamativo que la Corte haya prescindido de mencionar esa norma en su sentencia **(39)**, ya que ella no solo se aplica a los daños causados con posterioridad a la entrada en vigor del Código Civil y Comercial, sino también a las situaciones anteriores. En efecto, el mencionado artículo no se refiere a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino solo a las consecuencias de ella, y no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, pues se limita a sentar una pauta para su liquidación **(40)**.

Comoquiera que sea, no cabe duda de que el art. 1746 del Cód. Civ. y Com. consagra el uso imperativo de los cálculos matemáticos para cuantificar la incapacidad permanente, pues establece que "la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades".

El texto transcripto deja poco lugar a dudas en el sentido de que, para cuantificar el lucro cesante derivado de la incapacidad, el juez debe emplear fórmulas matemáticas que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (o de la valuación de las tareas no remuneradas que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando, asimismo, sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita al damnificado obtener mensualmente una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado (sistema denominado "de renta capitalizada"). Es que no existe otro sistema que permita satisfacer las variables de cálculo que explicita el texto normativo. Esta es, por lo demás, la interpretación adoptada por la doctrina abrumadoramente mayoritaria **(41)**.

(39) Nos referimos, en puridad, al voto de la mayoría, ya que el voto concurrente del Dr. Lorenzetti sí hace referencia al art. 1746, y reitera las consideraciones que, al respecto, había efectuado en la causa "Ontiveros".

(40) Al respecto, dice Kemelmajer de Carlucci: "Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión" (KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 234).

(41) SAGARNA, Fernando A., "Las fórmulas matemáticas del art. 1746 del Cód. Civ. y Com.", RCyS 2017-XI, 5; SAGARNA, Fernando A. – GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., comentario al art. 1746, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial explicado. Responsabilidad civil*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, ps. 150/151; COMPIANI, María F., "La obligación de la evaluación objetiva en la determinación de indemnizaciones resarcitorias por daños a la persona", RCCyC 2016, 29; GALDÓS, Jorge M., "Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746, Cód. Civ. y Com.)", RCyS 2016-XII, tapa; LEIVA, Claudio F., "La noción de incapacidad sobreviniente, fórmulas matemáticas y facultades de los jueces", LA LEY del 24/01/2020, 1; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, comentario al art. 1746, en RIVERA, Julio C. (dir.) – MEDINA, Graciela (dir.) – ESPER, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV, ps. 1088-1089; PICASSO, Sebastián – SÁENZ, Luis R. J., comentario al art. 1746, en HERRERA, Marisa – CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián (dirs.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. IV, 9. 461; PICASSO, Sebastián – SÁENZ, Luis R. J., "Tratado de derecho de daños", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 440 y ss.; CARESTIA, Federico S., comentario al art. 1746, en BUERES, Alberto J. (dir.) – PICASSO, Sebastián – GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. 3-F, p. 511; *id.*, "La incorporación de fórmulas matemáticas para la cuantificación del daño en caso de lesiones a la integridad psicofísica. Un paso necesario", *elDial.com*, DC2B5B; ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde – GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", Ed. Alveroni, Córdoba, 2018, t. III, p. 335; GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., "¿Cuánto por incapacidad?", RCCyC del 5/05/2016, p. 191; PIZARRO, Ramón D. – VALLESPINOS, Carlos G., "Tratado de responsabilidad civil", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, p. 761; OSSOLA, Federico A., en RIVERA, Julio C. – Medina, Graciela (dirs.), *Responsabilidad civil*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016. p. 243; AZAR, Aldo M. – OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) - SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), *Tratado de derecho civil y comercial*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. III, p. 560; ACCIARRI, Hugo A., "Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código", LA LEY del 15/07/2015, p. 1; id., "Sobre el cómputo de rentas variables

La solución legal —a la que ahora se aproxima la Corte en la causa "Grippo"— se justifica sobradamente por el hecho de que, si el problema consiste en evaluar un daño patrimonial, nos encontramos en el terreno de las matemáticas por excelencia, dado que se trata de *calcular* qué ganancia dejó de percibir el damnificado, y de indemnizar integralmente ese perjuicio mediante el pago de una suma que equivalga lo más exactamente posible al importe de esa pérdida. Quienes objetan el recurso a las fórmulas matemáticas no logran dar cuenta de algún otro método mejor o superador del que ahora ha elegido la ley; por el contrario, se refugian en una supuesta apreciación de "las circunstancias de cada caso" que, o bien enmascara la discrecionalidad total del juez —incompatible con la regla según el cual la decisión judicial debe ser "razonablemente fundada" (art. 3º, Cód. Civ. y Com.)—, o bien encubre también un cálculo matemático, pero mucho más rudimentario, que asigna arbitrariamente un valor determinado al "punto" de incapacidad y lo multiplica por el porcentaje determinado pericialmente en cada caso.

Por el contrario, el uso de fórmulas matemáticas descarta la arbitrariedad en la fijación de los montos indemnizatorios, y permite a las partes entender de qué manera los jueces llegan a las sumas que otorgan y —eventualmente— poder recurrir las decisiones judiciales a partir de la discusión de elementos objetivos: la edad que se tomó en cuenta, el ingreso de la víctima, etc. Como apuntan Acciarri e Irigoyen Testa, las fórmulas no encorsetan el razonamiento, sino que simplemente lo expresan con una claridad que es reconocidamente superior (cuando entran en juego magnitudes de alguna complejidad interna) a otras posibilidades de expresión **(42)**. Por su parte, señala Carestia: "Los pronunciamientos judiciales siempre cuentan con un razonamiento por detrás que motiva al magistrado a conceder un determinado monto indemnizatorio en concepto de lesiones o incapacidad física y/o psíquica. Aun cuando no lo hagan explícito, los jueces utilizan algún método de ponderación para vincular cada una de las variables que consideran en su sentencia. Las fórmulas matemáticas simplemente ponen de manifiesto los pasos que se siguieron para obtener el resultado. En este contexto, permiten que las partes examinen los componentes de la decisión y el modo en que fueron aplicados; que reconstruyan el razonamiento de la solución adoptada. En otras palabras, este procedimiento, en vez de sencillamente enunciar las pautas indicativas, las traduce en un algoritmo. Así, los operadores jurídicos podrán controlar, refutar y controvertir las variables que fueron empleadas y la forma en que han sido interrelacionadas. A su vez, conociendo el método y las particularidades de cada caso, se podrán anticipar con cierto grado de razonabilidad las decisiones judiciales futuras" **(43)**.

Adicionalmente, las fórmulas matemáticas de ningún modo implican desatender las "particularidades del caso". Es que los jueces deben determinar, en cada situación, los "insumos" que compondrán cada una de las variables de la fórmula, lo que exige tener en consideración —de forma mucho más particularizada que los criterios llamados "cualitativos"— todas las circunstancias relevantes del expediente (edad de la víctima, grado de incapacidad genérica y específica, ingresos del damnificado, edad máxima a tener en cuenta, etc.). Bien explica Carestia que el empleo de esta clase de fórmulas "no significa convertir al cálculo indemnizatorio en una fría fórmula matemática ni reducir a la persona a ser parte de una estadística rígida e inmutable. Todos los componentes a los que recurren los jueces en su prudente arbitrio pueden ser volcados sin inconvenientes a una fórmula. Por ejemplo, las circunstancias particulares de la víctima (su edad, sexo, estado civil o condición social y económica), las tareas que excedan lo meramente laboral o productivo pero que sean económicamente valorables, etcétera" **(44)**.

Finalmente, y para volver a conectar esta cuestión con el precedente "Grippo", debe destacarse que el empleo de fórmulas matemáticas en modo alguno significa considerar únicamente lo que la

para cuantificar indemnizaciones por incapacidad", JA 2017-IV, AR/DOC/4178/2017.

(42) ACCIARRI, Hugo – IRIGOYEN TESTA, Matías, "Fórmulas empleadas por la jurisprudencia argentina para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", RCyS, 2011-III, 3.

(43) CARESTIA, Federico S., "La incorporación de fórmulas matemáticas para la cuantificación del daño en caso de lesiones a la integridad psicofísica. Un paso necesario", loc. cit.

(44) *Ibid*.

víctima efectivamente ganaba. El art. 1746 del Código Civil y Comercial manda computar "la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas *o económicamente valorables*" **(45)**, con lo que no tiene en cuenta únicamente la "incapacidad laboral" (aptitud productiva del sujeto) sino también la denominada "incapacidad vital", representada —como ya se ha explicado— por las actividades de la vida social que son económicamente mensurables, tales como las tareas domésticas, o las actividades sociales que determinan posibilidades de obtención o mejora de ingresos **(46)**.

En este último aspecto, entonces, no podemos coincidir con la insistencia que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sigue poniendo en dejar el cálculo de la "incapacidad vital" al margen del empleo de las fórmulas matemáticas. Como ya lo hemos señalado, esta es la razón por la cual, aún hoy, e incluso luego de resaltar que los jueces deben necesariamente acudir a ellas, la Corte apunta que se trata —con todo— de "pautas indicativas", porque la reparación que corresponde conceder en estos casos abarca más que la sola afectación de actividades productivas. Al afirmar esto último, el alto tribunal soslaya que el art. 1746 del Código Civil y Comercial no distingue entre ambas situaciones, y manda calcular las dos (la "incapacidad laboral" y la "incapacidad vital") mediante el empleo de fórmulas matemáticas.

Sobre el punto, en un reciente trabajo, explica Acciarri que el mencionado art. 1746 distingue dos dimensiones: la disminución de la aptitud del damnificado para realizar tareas productivas, por un lado, y, por el otro, la correspondiente a las actividades "económicamente valorables". Para dar valor a la primera dimensión, se debe determinar cuál sería el equivalente monetario de aquellas capacidades de la víctima que, periódicamente, redundarían en su sustento, es decir, "producirían" (sus ingresos, aquello que en la vida recibe de otro). En cambio, para indemnizar lo referente a las actividades económicamente valorables, "corresponde encontrar el costo de sustitución, el 'precio sombra' de esas actividades para las cuales, cuando se realizan, no se percibe dinero, pero sí hay que pagarlo si no podemos hacerlas y debemos contratarlas de terceros. Se trata, en síntesis, del costo de servicios tales como limpieza y cuidado, transporte, mantenimiento, etcétera, que la víctima realizaba para sí y su grupo de personas significativas, y que ahora deberá sustituir por contrataciones ordinarias de mercado, total o parcialmente" **(47)**. De más está decir que ambas magnitudes pueden ser integradas a la misma fórmula, sin mayores inconvenientes.

Por consiguiente, aunque el fallo "Grippo" —con su exigencia de que los jueces acudan a "criterios objetivos" para reducir el ámbito de discrecionalidad y contribuir a la seguridad jurídica, y de que, para lograr ese cometido, apliquen necesariamente fórmulas matemáticas— implica un significativo avance en la concepción que el máximo tribunal tiene acerca del modo en que debe cuantificarse el daño en estos casos, se queda a medio camino, puesto que también señala que el recurso a esos cálculos es solo una pauta orientadora. Y de ese modo, sigue dejando un cierto margen a una mal concebida discrecionalidad judicial que —bajo el pretexto de incluir en la reparación magnitudes que supuestamente los cálculos matemáticos no podrían cuantificar— termina otorgando sumas cuyo origen residiría únicamente en la "intuición" de los magistrados, o en cálculos bastante rudimentarios (tantos pesos por "punto" de incapacidad) que, para colmo de males, no se explicitan en la sentencia.

Pero no nos quedemos con la mitad vacía del vaso y celebremos que, finalmente, la Corte y los cálculos matemáticos parecen haber superado buena parte de sus diferencias, y se miran ahora con indisimulado cariño. En ese espíritu optimista, hagamos votos porque el *billet doux* que el máximo tribunal nacional acaba de enviar a las fórmulas matemáticas, como mecanismo para el cálculo de la incapacidad y el "valor vida", corra mejor suerte que el que la Tatiana de Pushkin dirigió a Onieguin. Y que, como en el famoso poema de Bécquer, ya nunca se apague la llama de ese incipiente amor.

(45) El destacado es nuestro.

(46) PIZARRO, Ramón D. – VALLESPINOS, Carlos G., "Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 4, p. 328.

(47) ACCIARRI, "Cuantificación…", ob. cit., p. 42.

La cuantificación del daño a la persona en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La trascendencia del caso "Grippo, Guillermo Oscar"

Pascual E. Alferillo (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Criterios materialistas.— III. El criterio integral.— IV. Inaplicabilidad de pautas o criterios matemáticos.— V. La vinculación entre el derecho privado y el laboral.— VI. A modo de colofón: la trascendencia jurídica del fallo "Grippo".

I. Introducción

El reciente pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia dictado en el caso "Grippo, Guillermo Oscar" **(1)**, relacionado con el tema de daños a la persona, en el cual se revoca la sentencia dictada por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la que redujo significativamente las cuantías indemnizatorias de los rubros reclamados, fundamentalmente, la prevista para compensar el daño moral de una persona menor de edad (hija) y la incapacidad sobreviniente de otros damnificados en el mismo accidente de tránsito.

El contenido de la parte de la sentencia elaborado en forma conjunta por el tribunal, con independencia del aporte individual que formulan los magistrados Rozenkrantz y Lorenzetti, que debe ser integrado con el dictamen del Procurador Fiscal, deja expuesto varios temas por demás interesantes para elaborar un estudio, a saber: El no cumplimiento de un razonamiento judicial, dado que se incurrió en una inadecuada apreciación de las probanzas aportadas en la sentencia puesta en crisis, que inexorablemente llevó a contradecir el principio de la reparación integral en la ponderación de los menoscabos padecidos por las víctimas.

Ello, significa, en otros términos, que el tribunal *a quo* incurrió en arbitrariedad y no ejerció adecuadamente el arbitrio del cual gozaba para determinar las cuantías resarcitorias justas y legalmente sustentadas.

El análisis realizado por la Corte en el fallo tiene el valor de un pronunciamiento casatorio, dado que interpreta y fija posición cuando una sentencia se torna inválida por deficiencia en el razonamiento, marcando con énfasis la estrecha vinculación entre la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos y, en el caso, el Código Civil (hoy Código Civil y Comercial).

Sin embargo, es dable rescatar una frase que impone una pauta muy fuerte para quienes tie-

(*) Abogado y notario (UNC). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Univ. Mendoza). Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Exjuez de Cámara en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan.

(1) CS, "Grippo Guillermo Oscar, Claudia P. Acuña y Otros c. Campos Enrique Oscar y otros s/ daños y perjuicios (Acc. Trán. c/ Les. o muerte), TR LALEY AR/JUR/134520/2021.

nen el deber de fijar cuantías resarcitorias y, a la par, unifican dos mundos jurídicos que se los pretendió siempre mostrarlos como desvinculados.

Ello cuando, en síntesis, sostiene que "no resulta razonable que —como se advierte en el caso— a un trabajador en relación de dependencia se le otorgue protección mayor que a cualquier otro habitante, cuando lo que se intenta resarcir de manera integral es el mismo concepto. Esta diferenciación, sin otro fundamento más que la condición señalada, conduce a vulnerar el derecho de igualdad ante la ley previsto por el artículo 16 de la CN".

Ello permite investigar si este parámetro es novedoso o, por el contrario, es producto de la evolución del pensamiento de la doctrina que se plasmó en los fallos del tribunal cimero.

En ese estudio se destaca la puja doctrinaria entre quienes sostenían una visión materialista o economicista con fuerte raíz decimonónica y quienes, desde una óptica humanista, presionaban para un reconocimiento integral de las actividades y aportes del ser humanos. La evolución del pensamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha sido lineal, sino su *corsi e ricorsi,* que dificulta formular una esquematización temporal, razón por la cual será básicamente temática.

Va de suyo que los métodos señalados tienen influencia directa, tanto para cuantificar el daño derivado de un fallecimiento o de una incapacidad sobreviniente donde, anticipando opinión, el caso "Grippo" establece un parámetro objetivo para determinar cuándo existe o no arbitrariedad en la cuantificación.

II. Criterios materialistas

El criterio materialista o economicista, a lo largo de su evolución, ha tenido mutaciones en su aplicación. Algunas de ellas derivadas de la necesidad de responder al criterio integral o solidario **(2)** que, de igual modo, han tenido variantes en sus modalidades.

II.1. El primer eslabón. Pregonar el resarcimiento iure proprio

Una de las primeras preocupaciones de los mentores de la tesis economicista fue, sin duda, pregonar en contra de la posibilidad jurídica de reclamar el resarcimiento del derecho personalísimo a vivir de la víctima, tal cual es perfectamente diferenciado en la olvidada nota al art. 2312 del derogado Código Civil, según el cual distinguía perfectamente entre los derechos personalísimos tutelados que, cuando son vulnerados, constituyen la base para reclamar su resarcimiento. Es decir, del derecho a ser indemnizado si es un crédito que configura un bien **(3)**.

La doctrina expuesta por Llambías, que no tiene en cuenta el contenido de la nota **(4)**, pre-

(2) En doctrina sostenían que la vida tenía valor per se: SPOTA, Alberto G., "El resarcimiento por daños a la persona en la responsabilidad por acto ilícito", JA 1953-II (abril-junio), p. 336; "Titulares de la acción resarcitoria por la muerte de una persona a causa de un acto ilícito", JA 1956-I, p. 53 y ss.; "Los titulares del derecho al resarcimiento en la responsabilidad aquiliana", JA, 1947-II-305; KIPER, Bernardo G., "Valor de la vida humana (Aceptación de la teoría que consagra que tiene un valor económico en sí mismo), LA LEY, T. 1993-A, 70; BREBBIA, Roberto H., "Transporte benévolo (Teoría del riesgo. Neutralización de riesgos. Relación de causalidad. Concausa. Valor económico de la vida humana)", LA LEY, 1990-C, 523, entre otros. Ver: ALFERILLO, Pascual E., "Daño a la vida. Valoración. Cuantificación. Acción resarcitoria", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2009, pp. 73/85.

(3) Nota art. 2312 Cód. Civil: "Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituya un bien, jurídicamente hablando; pero en la acción nada hay de personal: es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si, pues, los derechos personales pueden venir a ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos, un bien "in jure".

(4) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "La vida humana como valor económico. Carácter de la acción resarcitoria por causa de homicidio: Daño resarcible", JA, Doctrina (Serie contemporánea - 1974), p. 624. El autor sostenía: "no es correcto afirmar que la vida humana tiene per se un valor pecuniario, porque no está en el comercio, ni "puede cotizarse en dinero", es un derecho de la personalidad, el más eminente de todos, que se caracteriza por ser innato, inalienable, absoluto y extrapatrimonial. Empero, no obstante, la importancia que tiene para el hombre su vida no constituye un bien en el sentido que usa esta denominación el art. 2.312 como objeto material o inmaterial susceptible de valor...". En igual sentido: BUSTOS BE-

gonó el resarcimiento *iure proprio* para los familiares damnificados por el fallecimiento del interfecto y fue seguida sin cuestionamiento por la mayor parte de la doctrina autoral y de tribunales.

En ese sentido, la Corte aceptó este temperamento cuando sostuvo y sostiene que 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. Lo que se llama elípticamente la *valoración de una vida humana* no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue **(5) (6)**.

Este criterio es expuesto en forma explícita por la Corte Suprema cuando dijo que cabe equiparar el supuesto previsto en el art. 2º de la ley 24.411 al que pudiera presentarse ante casos de una indemnización por daños y perjuicios sufridos por los parientes de una persona fallecida a causa de un homicidio (arts. 1077, 1079, 1084 y concordantes del Código Civil), pues los familiares del fallecido tendrán como causa de su acción la muerte provocada, pero esta acción es de *iure proprio y no iure hereditatis* **(7)**.

Sin duda, con la exclusión del resarcimiento del derecho personalísimo a vivir cuyo titular era el interfecto se eliminó de la plantilla resarcitoria a un menoscabo existente, conforme se puede observar en otras jurisdicciones.

II.2. El segundo eslabón. Precisar el contenido materialista del resarcimiento

En este sentido, la Corte expresó reiteradamente que lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana **(8)** y, con el mismo sentido, se juzgó que a los fines de valorar el daño por pérdida de la vida —en el caso, reclamado por el viudo e hijo de una profesional joven fallecida en un hecho aeronáutico— debe medirse la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue, todo ello desligado de la aplicación de simples fórmulas matemáticas, sino confrontando las circunstancias particulares de la víctima y de los damnificados: edad, grado de parentesco, profesión, posición económica, expectativa de vida, entre otros **(9)**.

Simultáneamente, se responde a la teoría solidaria y se deja constancia de las premisas que caracterizan a este criterio economicista cuando para ponderar la cuantía resarcitoria dijo que la vida humana no tiene valor económico *per se,* sino en consideración a lo que produce o puede producir, pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos

RRONDO, H., "Acción resarcitoria del daño causado por homicidio", Jus, 1962 - N.º 3, p. 80.

(5) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fernández, Alba O. c. Ballejo, Julio A. y otra.", 11/05/1993, LA LEY, 1993-E, 472, DJ 1994-1, 520, TR LALEY AR/JUR/1380/1993.

(6) CS, 17/04/1997, "Savarro de Caldara, Elsa I. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", LA LEY, 1997-E, 121, DJ 1998-1, 210, TR LALEY AR/JUR/59/1997.

(7) CS, "Sánchez Elvira Berta c. M. J. Y. DD. HH. - Art. 6 ley 24.411 (Resol. 409/2001) s/ S. 1091. XLI. REX22/05/2007, Fallos: 330:2304; "Camargo, Martina y otros v. Provincia de San Luis y otra s/daños y perjuicios", 21/05/2002, 4/44498, entre otros. Ver: ALFERILLO, Pascual E., "Daño a la vida. Valoración. Cuantificación. Acción resarcitoria, Título IV. Reclamo iure hereditatis", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2009, pp. 141/197.

(8) CS, 22/12/1994, "Brescia, Noemí Luján v. Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios", TR LALEY AR/JUR/4140/1994. En igual sentido: "Schauman de Scaiola, Martha Susana v. Provincia de Santa Cruz y otro s/ daños y perjuicios", 06/07/1999, TR LALEY AR/JUR/3663/1999; CS, "Vergnano de Rodríguez, Susana B. v. Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios", 28/05/2002, Fallos: 325:1277; "Valle, Roxana E. v. Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios", 10/04/2003, TR LALEY 4/48025; "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de v. Provincia de Buenos Aires y otro y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/daños y perjuicios", 07/11/2006, TR LALEY AR/JUR/6480/2006, entre otros.

(9) CS, 09/11/2000, Saber, "Ciro A. c. Provincia de Río Negro y otros", TR LALEY AR/JUR/5768/2000. En igual sentido: "Ahumada, Lía Isabel v. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", 25/09/2001, TR LALEY 4/42921; "C. de G., F. c. Provincia de Buenos Aires", 10/04/2001, DJ 2001-3, 866, TR LALEY AR/JUR/182/2001; entre otros.

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 **(10)**.

II.3. Tercer eslabón. Consolidación del criterio economicista

Con independencia de aceptar que la doctrina judicial permanentemente se encuentra en un proceso evolutivo frente a los cambios sociales que traen el derecho vivo, el conflicto a resolver de esta evolución ha sido la generalización del criterio economicista en la Corte y en la mayoría de los tribunales inferiores.

A modo de ejemplo, es suficiente transcribir para exhibir los postulados de esta línea de pensamiento el fallo que juzga: la vida humana no tiene valor económico *per se,* sino en consideración a lo que produce o puede producir. Así, no puede evitarse una honda turbación espiritual cuando se habla de tasarla económicamente, reducirla a valores crematísticos, hacer *la imposible conmutación de lo inconmutable* **(11)**.

El razonamiento de este fallo constituye un ejemplo de lo que se podría denominar "materialismo extremo", cuando se entendió que es improcedente la indemnización del "valor vida" si solo consta en la causa que el hijo fallecido de la actora era estudiante universitario y no se aportó prueba alguna que acredite que contribuía a la asistencia económica de su madre, razón por la cual es dable inferir que su desaparición no ocasionó un perjuicio patrimonial cierto y actual a la época del deceso **(12)**.

III. El criterio integral

En el proceso evolutivo del criterio solidario o integral, como es de preferencia denominarlo por su completa visión para describir el accionar del ser humano, se pueden observar claramente dos etapas que justifican la expresión *corsi e*

(10) CS, "Ponce Abel Astilve y Otro c. E.F.A. s/ Daños y Perjuicios", P. 38. XLIII. REX21/10/2008, Fallos: 331:2271; "Bianchi, Isabel Carmen Pereyra de c. Buenos Aires, Provincia de y Camino SA y/o quien pueda Resultar dueño y/o Guardián de los animales causantes del accidente S/ Daños y Perjuicios", B. 606. XXIV. ORI07/11/2006, Fallos: 329:4944; Ferrari de Grand, Teresa Hortensia Mercedes y otro C/ Entre Ríos, Provincia de y Otros S/Daños y Perjuicios", F. 286. XXXIII. ORI24/08/2006, Fallos: 329:3403; "Valle, Roxana Edith c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", V. 523. XXXVI.10/04/2003, Fallos: 326:1299; "Camargo, Martina y Otros C/ San Luis, Provincia de y Otra S/ Daños y Perjuicios", C. 1948. XXXII. ORI21/05/2002, Fallos: 325:1156; "Ahumada, Lía Isabel c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios. Incidente sobre beneficio de litigar sin gastos", A. 9. XXX.25/09/2001, Fallos: 324:2972; "Carucci viuda de Giovio, Filomena c. Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", C. 913. XXXIII.10/04/200, Fallos: 324:1253; "Saber, Ciro Adrián C/ Rio Negro, Provincia de y Otros S/ Daños y Perjuicios", S. 101. XXXI. ORI 09/11/2000, Fallos: 323:3614; "Schauman de Scaiola, Martha Susana c. Santa Cruz, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", S 360 XXV06/07/1999, Fallos: 322:1393, "Savarro de Caldara, Elsa Inés y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos (Buenos Aires) s/ sumario", S 340 XXIII17/04/1997, Fallos: 320:536; "Badín, Rubén y otros c. Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", B. 142. XXIII.19/10/1995, Fallos: 318:2002; "Brescia, Noemí Luján c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", B. 100. XXI.22/12/1994, Fallos: 317:1921, entre otros.

(11) CS, 17/04/1997, "Savarro de Caldara, Elsa I. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", LA LEY, 1997-E, 121, DJ 1998-1, 210, TR LALEY AR/JUR/59/1997. Este criterio se aplicó en "Fernández, Alba O. c. Ballejo, Julio A. y otra", 11/05/1993, LA LEY, 1993-E, 472, DJ 1994-1, 520, TR LALEY AR/JUR/1380/1993. En el mismo sentido: "Brescia, Noemí Luján v. Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios", 22/12/1994, TR LALEY AR/JUR/4140/1994; "Badín, Rubén y otros c. Provincia de Buenos Aires", 19/10/1995, LA LEY, 1996-C, 585, DJ, 1996-2, 262, TR LALEY AR/JUR/2091/1995; "Schauman de Scaiola, Martha Susana v. Provincia de Santa Cruz y otro s/ daños y perjuicios", 06/07/1999, TR LALEY AR/JUR/3663/1999; "Ahumada, Lía Isabel v. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", 25/09/2001, TR LALEY 4/42921; "Valle, Roxana E. v. Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios", 10/04/2003, TR LALEY 4/48025; "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de v. Provincia de Buenos Aires y otro y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/daños y perjuicios, 07/11/2006, 4/60742; "Ferrari de Grand, Teresa H. M. y otros v. Provincia de Entre Ríos y otros s/daños y perjuicios", 24/08/2006, TR LALEY 4/62276; "Saber, Ciro A. c. Provincia de Río Negro y otros", 09/11/2000, TR LALEY AR/JUR/5768/2000; entre otras citas. Ver: ALFERILLO, Pascual E., "Daño a la vida. Valoración. Cuantificación. Acción resarcitoria. Título IV. Reclamo iure hereditatis, Capítulo III. Valoración economicista", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2009, pp. 87/120.

(12) CS, 06/07/1999, "Schauman de Scaiola, Martha S. c. Provincia de Santa Cruz y otro", RCyS 2000, 478, TR LALEY AR/JUR/3663/1999.

ricorsi para describir la historia de las pautas y cuantificar el resarcimiento de una vida frustrada por un daño mortal.

La primera, poco a poco, fue neutralizada por el criterio economicista, muy de moda en la década del noventa del siglo pasado, con la introducción de la escuela del análisis económico del derecho.

Sin perjuicio de ello, la paulatina influencia de la constitucionalización del derecho privado que se visualiza, a partir de la puesta en vigencia de la Reforma Constitucional del año 1994, con la incorporación de los tratados internacionales sobre los Derechos Humanos **(13)**. Y, por cierto, se consolida con la promulgación y vigencia del Código Civil y Comercial, en el año 2015 **(14)**.

III.1. Primera etapa

Una de las primeras expresiones del criterio integral solidario se puede conocer de una época institucional en la cual el valor de la vida se encontraba en crisis. En ese contexto la Corte sostuvo que la vida humana no resulta apreciable tan solo sobre la base de criterios exclusivamente materiales ni se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de la víctima, pues ello importaría instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquellas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres **(15)**.

En la misma década el tribunal señero dijo 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 **(16)**.

En sentido concordante, pero en minoría, en la década del '90, se expresó que la vida humana no debe ser apreciada con criterios exclusivamente económicos, sino mediante una comprensión integral de los valores materiales y espirituales **(17)**.

III.2. El retorno

El *revival* del criterio integral se aprecia particularmente al sostener que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida **(18)**.

En otros términos del mismo fallo, se precisó que para evaluar el resarcimiento por disminución en las aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la ley de accidentes de trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales

(13) ALFERILLO, Pascual E., "El proceso de constitucionalización del Derecho Privado en la Argentina", Revista Iberoamericana de Derecho Privado (AIDDP) - Número 7 - Mayo 2018 - Derecho Privado y Constitución, 23-05-2018 —IJ Editores; "Reflexiones sobre la constitucionalización del derecho laboral, en particular del sistema indemnizatorio por accidentes y enfermedades de la LRT", RCyS, 2010-IX, 65; "La Constitución Nacional y el Derecho de Daños", RCyS 2011-IV, 31; "La constitucionalización del derecho de daños" en Liber Amicorum en homenaje a Luis Moisset de Espanés, Advocatus, Córdoba, 2010, etc.

(14) Ver: ALFERILLO, Pascual E., "Daño a la vida. Valoración. Cuantificación. Acción resarcitoria, Título IV. Reclamo iure hereditatis, Capítulo IV. La reparación integral", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2009, pp. 123/136.

(15) CS, 11/06/1981, "Cano Romero de Álvarez, Ilda c. provincia de Buenos Aires", LA LEY, 1981-D, 17, TR LALEY AR/JUR/577/1981; Fallos: 303:820.

(16) CS, "Prille de Nicolini, Graciela Cristina c. Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires y Buenos Aires, Provincia de", P. 338. XX.15/10/1987, Fallos: 310:2103. En idéntica dirección: "Forni, Francisco; Forni, Alberto y Forni, Raúl c. Ferrocarriles Argentinos s/ indemnización daños y perjuicios", F. 439. XXI.07/09/1989, Fallos: 312:1597.

(17) CS, 01/07/1997, Ramp, Juan Rodolfo y otra v. Cruz Médica San Fernando SA, 04_320v2t021. (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez).

(18) CS, 07/11/2006, "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de v. Provincia de Buenos Aires y otro y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/daños y perjuicios", 4/60742.

del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que estas puedan tener en su vida laboral y de relación **(19)**.

El fallo dictado en el caso "Bianchi" resalta, por cuanto tiene un criterio diametralmente opuesto al caso "Grippo", cuando descarta la posibilidad de recurrir aplicando la analogía a las pautas reguladas en la Ley de Accidentes de Trabajo, ya que ello sería aceptar la idea, desestimada constantemente, de invocar formulas, cánones o métodos matemáticos.

IV. Inaplicabilidad de pautas o criterios matemáticos

El detalle señalado en la parte *in fine* del párrafo precedente, durante la vigencia del Código Civil y para los casos en los cuales se estima aplicable, se acuñó jurisprudencia en contra de la posibilidad de recurrir a cálculos matemáticos para cuantificar el daño padecido por los familiares de la víctima.

Esta opinión, en algunos fallos de tribunales inferiores, es inadecuadamente invocada cuando deben resolver a la luz de los preceptos del Código Civil y Comercial, el cual ha incorporado, en el art. 1746, para cuantificar la incapacidad sobreviniente, una fórmula de la matemática financiera.

En otros términos, se debe tener presente que esta idea de la Corte fue diseñada para la interpretación de las normas del Código Civil, debiendo, por cierto, examinarse su valía en la actualidad frente al cambio de criterio de la nueva codificación y, en particular, atendiendo a la doctrina plasmada en el caso "Grippo", de septiembre 2021.

Sin perjuicio de ello, sobre el tema se sostuvo en contra de la aplicación de razonamientos matemáticos que para fijar la indemnización por valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas, sino considerar y relacionar las diversas variables relevantes de cada caso en particular, tanto en relación con la víctima (edad, grado de parentesco, condición económica y social, profesión, expectativa de vida, etc.) como con los damnificados (grado de parentesco, edad de los hijos, educación, etc.) **(20)**.

V. La vinculación entre el derecho privado y el laboral

El primer acercamiento al estudio sistemático de la vinculación entre el derecho privado y el laboral aconteció en el primer mes de vigencia del Código Civil y Comercial en la ciudad de Tucumán, donde se expresó como idea conclusiva que el deseo de recibir información relacionada con la influencia del Código unificado en las relaciones laborales no había sido posible satisfacer, por cuanto la realidad normativa marcaba que el fenómeno se produjo en sentido invertido, dado que se estimó que el derecho laboral había influido en la normativa ius privatista **(21)**.

Ello impone repasar las razones de aquella aseveración a la luz de la evolución histórica del pensamiento de la Corte, que se actualiza con el contenido del caso "Grippo", y permitirá inferir su importancia como parámetro objetivo en la tarea de cuantificar el daño a la vida e incapacidad sobreviniente.

Para ello, se rescata el contenido de algunos hitos jurisprudenciales que marcan el derrotero de la evolución.

(19) CS, 07/11/2006, "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de v. Provincia de Buenos Aires y otro y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/daños y perjuicios", TR LALEY 4/60742.

(20) CS, 11/05/1993, "Fernández, Alba O. c. Ballejo, Julio A. y otra", LA LEY, 1993-E, 472, DJ 1994-1, 520, TR LALEY AR/JUR/1380/1993. Esta idea se aplicó en: "Ahumada, Lía Isabel v. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", 25/09/2001, 4/42921; "Saber, Ciro A. v. Provincia de Río Negro, 09/11/2000, TR LALEY 60004244; "Vergnano de Rodríguez, Susana B. v. Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios", 28/05/2002, TR LALEY 60004389; "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de v. Provincia de Buenos Aires y otro y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/daños y perjuicios", 07/11/2006, 4/60742; "Saber, Ciro A. v. Provincia de Río Negro", 09/11/2000, TR LALEY 60004244, entre otros.

(21) ALFERILLO, Pascual E., conferencia "Las modificaciones en el Código Civil y Comercial y sus implicancias en el Derecho Laboral" en el curso Desafíos de las relaciones laborales ante la evolución normativa, en el marco de las 7mas Jornadas Regionales organizadas por el Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de Tucumán, 14 agosto 2015.

V.1. Caso "Aquino, Isacio"

El día 21 de setiembre 2004, la Corte Suprema dictó sentencia en el caso "Aquino" exponiendo doctrina judicial señera y clara en el direccionamiento del derecho que les asiste a las víctimas de daños en una interpretación que receptaba los principios fijados por los tratados internacionales sobre los Derechos Humanos.

En ese sentido, inicialmente cabe destacar que fijó como pauta diferencial que el hombre es eje de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.

A partir de ello, ratifica que el art. 19 de la CN establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero: *alterum non laedere*, que se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación. A ello se yuxtapone la reglamentación que hace el Código Civil (arts. 1109 y 1113), que en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica **(22)**.

Más adelante, en un párrafo que deja lugar a duda en cuanto a su alcance, sostiene que la 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 en sí misma tiene un valor indemnizable **(23)**.

En su literalidad, en principio, se estaría pregonando el resarcimiento del bien o interés afectado, en el caso la integridad física, la cual debería ser resarcida *per se* con independencia de lo que produce económicamente, de las limitaciones generadas para el desarrollo de la vida en comunidad y del daño moral.

En otras palabras, aparentemente pregonaba, por extensión, el resarcimiento de la pérdida del derecho o interés tutelado como es por el ejemplo, la vida del interfecto, su integridad psicofísica, social o el daño moral.

Pero es evidente que este párrafo, de viejo cuño en sus fallos, debe ser completado con la aclaración que se hace al sostener que el valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia. No se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquellas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo. Resulta incuestionable que en tales aspectos no se agota la significación de la vida de las personas, pues *las manifestaciones del espíritu insusceptible de medida económica integran también aquel valor vital de los hombres* **(24)**.

Va de suyo que el empleo del término: "espirituales" no se ajusta para describir correctamente el daño resarcible referenciado, además de traer confusión con algunas definiciones dadas del daño moral.

El ser humano, además de su capacidad productiva, tiene aptitud para desarrollar su propia vida en sociedad, que se la limitan cuando padece una incapacidad sobreviniente.

También tiene aptitud para realizar aportes o contribuciones afectivas, de cooperación, de solidaridad, etc., a otras personas, especialmente a sus familiares, de los cuales se ven privados cuando fallece ilícitamente.

(22) CS, "Aquino Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/Art. 39 Ley 24.557", A.2652.XXXVIII. RHE21/09/2004, Fallos: 327:3753.

(23) CS, "Aquino Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/Art. 39 Ley 24.557", A.2652.XXXVIII. RHE21/09/2004, Fallos: 327:3753.

(24) CS, "Aquino Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/Art. 39 Ley 24.557", A.2652.XXXVIII. RHE21/09/2004, Fallos: 327:3753.

Aclarado el alcance de la tesis integral pregonada, esta es aplicada en este caso de génesis laboral, precisando que la Ley de Riesgos del Trabajo, mediante la prestación del art. 15, inc. 2, segundo párrafo, y la consiguiente eximición de responsabilidad del empleador de su art. 39, inc. 1, solo indemniza daños materiales y, dentro de estos, únicamente el lucro cesante: pérdida de ganancias, que, asimismo, evalúa menguadamente. Es decir, ha negado, a la hora de proteger la integridad psíquica, física y moral del trabajador, frente a supuestos regidos por el principio alterum non laedere, la consideración plena de la persona humana y los imperativos de justicia de la reparación, seguidos por nuestra Constitución Nacional, que no deben cubrirse solo en apariencia **(25)**.

Por ello se estimó que la LRT, al excluir la vía reparadora del Código Civil, eliminó, para los accidentes y enfermedades laborales, un instituto tan antiguo como este último, que los cuerpos legales específicos no habían hecho más que mantener, como fue el caso de la ley 9688 de Accidentes del Trabajo, sancionada en 1915 (art. 17). Este retroceso legislativo en el marco de protección pone a la ley 24.557 en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general y del PIDESC, en particular **(26)**.

En síntesis, para la Corte, el art. 39, inc. 1, de la Ley de Riesgos del Trabajo es inconstitucional al eximir al empleador de responsabilidad civil mediante la prestación del art. 15, inc. 2, segundo párrafo, de aquella, pues, siendo de aplicación el principio contenido en el art. 19 de la CN: *alterum non laedere*, no debe resultar precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales **(27)**.

En este caso, la Corte Suprema, para romper el cerco indemnizatorio tarifado de la LRT, interpretó que el constitucional principio *alterum non laedere* implicaba la reparación integral del trabajador. No exclusivamente su faceta productiva, sino todos los menoscabos no previstos. En otras palabras, acercó, desde una perspectiva constitucional, el derecho laboral a la visión integral del mundo civilista.

V.2. Caso "Arostegui, Pablo Martín"

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2008, dictó sentencia en el caso "Arostegui, Pablo Martín", el cual básicamente sigue los lineamientos humanistas generales y la declaración de inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1, de la Ley de Riesgos del Trabajo, expuestos en el caso "Aquino, Isacio" antes analizado.

La singularidad de este caso se focaliza en la revisión de un fallo dictado por la Sala III de la Cámara Nacional del Trabajo en el cual se había aplicado la fórmula de la matemática financiera, creada por este tribunal de conocimiento conocida bajo la denominación "Vuotto" **(28)**.

(25) CS, "Aquino Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/Art. 39 Ley 24.557", A.2652.XXXVIII. RHE21/09/2004, Fallos: 327:3753. El tribunal completa su criterio sosteniendo que el hecho de que los menoscabos a la integridad psíquica, física y moral del trabajador prohibidos por el principio alterum non laedere deban ser indemnizados solo en cuanto a la pérdida de la capacidad de ganancias del trabajador —y de manera restringida—, vuelve al art. 39, inc. 1, de la Ley de Riesgos del Trabajo contrario a la dignidad humana, ya que ello entraña una suerte de pretensión de reificar a la persona, por vía de considerarla no más que un factor de la producción, un objeto del mercado de trabajo.

(26) CS, "Aquino Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/Art. 39 Ley 24.557", A.2652.XXXVIII. RHE21/09/2004, Fallos: 327:3753. El tribunal justificó su decisión expresando que el trabajo humano tiene características que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el marco del mero mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, normativamente comprendidos en la Constitución Nacional. Y ello sustenta la obligación de los que utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan.

(27) CS, "Aquino Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/Art. 39 Ley 24.557", A.2652.XXXVIII. RHE21/09/2004, Fallos: 327:3753. El tribunal agrega que, mediante la eximición de la responsabilidad civil del empleador frente al daño sufrido por el trabajador, la Ley de Riesgos del Trabajo no ha tendido a la realización de la justicia social, sino que ha marchado en sentido opuesto al agravar la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo y, en consecuencia, formular una "preferencia legal" inválida por contraria a la justicia social.

(28) CNTrab. Capital Federal, sala 3ª, 16/06/1978, "Vuotto, Dalmero S. c. AEG Telefunken Argentina s/artículo 1113, Código Civil".

El contenido de este fallo genera la reflexión del tribunal revocado y el replanteamiento de la fórmula, cambiando algunos de sus parámetros para satisfacer las ideas humanistas, aplicada por vez primera en el caso "Méndez" **(29)**, que le da el nombre con la cual se identifica.

En el fallo, la Corte expresó que corresponde dejar sin efecto, por arbitraria, la sentencia que, al referirse a valores "constantes" de las rentas, no se encuentra acompañada de explicación alguna que la precise y justifique, máxime cuando ello tampoco surge de las constancias del proceso vinculadas con las rentas percibidas por el actor **(30)**.

En palabras que perfilan el criterio integral dijo que la incapacidad del trabajador suele producir a este un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc., y 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 en sí misma tiene un valor indemnizable **(31)**.

En el mismo sentido, el tribunal expresó que los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente, toda vez que no solo cabe justipreciar el aspecto laboral, sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio **(32)**.

Los cambios fundamentales de la fórmula "Vuotto" elaborada con una concepción materialista a la "Méndez" se verifican en la edad, que se pasa de la edad jubilatoria (60 años mujeres y 65 varones) al promedio de vida, que es actualmente se estima en 75 años (es mayor en las mujeres). El otro ajuste fue en el interés que una persona con una capacidad financiera común podría hacer generar al capital, que se estimó en el cuatro [4] por ciento **(33)**.

V.3. El caso "Ontiveros, Stella Maris"

En un paso evolutivo importante en la consolidación del criterio integral para la cuantificación de los daños por la pérdida de una vida o como consecuencia de una incapacidad sobreviniente permanente, en el caso "Ontiveros, Stella Maris", dictado el 10 de agosto de 2017, con nuevos fundamentos se expresó que tanto el derecho a una reparación integral, como el derecho a la integridad de la persona en su aspecto físico, psíquico y moral, y el derecho a la vida que enlaza a los dos primeros, se encuentran reconocidos por el plexo convencional incorporado al art. 75, inc. 22, de la CN (arts. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4º, 5º y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos **(34)**.

Por su parte, también se sustentó el criterio expresando que cabe señalar que la Corte, a lo largo del tiempo, ha empleado indistintamente

(29) CNTrab., sala 3ª, 28/4/2008, "Méndez Alejandro Daniel c. Mylba SA y otro s/accidente - acción civil", TR LALEY AR/JUR/1200/2008.

(30) CS, "Arostegui, Pablo Martín c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Peluso y Compañía SRL y Otro S/ Inconst. Art. 39 LRT", A. 436. XL. RHE08/04/2008, Fallos: 331:570.

(31) CS, "Arostegui, Pablo Martín c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Peluso y Compañía SRL y Otro S/ Inconst. Art. 39 LRT", A. 436. XL. RHE08/04/2008, Fallos: 331:570.

(32) CS, "Arostegui, Pablo Martín c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Peluso y Compañía SRL y Otro S/ Inconst. Art. 39 LRT", A. 436. XL. RHE08/04/2008, Fallos: 331:570.

(33) A mayor porcentual de interés aplicado a la fórmula del art. 1746 del Cód. Civ. y Com., disminuye proporcionalmente el monto de la indemnización final.

(34) "Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART SA y otros s/ accidente - inc. y cas", O. 85. L. RHE10/08/2017, Fallos: 340:1038. (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti). Los magistrados completan su pensamiento juzgando que la violación del deber de no dañar a otro es lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades y dicha reparación no se logra si el resarcimiento —producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces— resulta en valores insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible. Ello, por cuanto, el principio de la reparación integral es un principio basal del sistema de reparación civil que encuentra su fundamento en la Constitución Nacional.

las expresiones "reparación integral", "reparación plena" o "reparación íntegra", como nociones equivalentes que trasuntan, en definitiva, el imperativo constitucional de la reparación del daño, que no es otro que restituir, con la modalidad y amplitud que establece el ordenamiento, la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso **(35)**.

En cuanto al alcance, se dijo que la indemnización integral por lesiones o incapacidad física o psíquica debe reparar la disminución permanente de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables y se debe indemnizar, aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada, pues dicha disminución indudablemente influye sobre las posibilidades que tendría la víctima para reinsertarse en el mercado laboral en el caso de que tuviera que abandonar las tareas que venía desempeñando **(36)**.

Ello fue acompañado al aseverar que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida **(37)**.

Sin lugar a hesitación alguna, este fallo consolida el modo de valorar y cuantificar en daño que sufre una persona en su integridad psicofísica social **(38)**.

VI. A modo de colofón: la trascendencia jurídica del fallo "Grippo"

El análisis de los precedentes dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación permite inferir la continuidad en la aplicación del criterio integral que visualiza al ser humano en todos sus aspectos, que pueden ser dañados cuando se afecta su integridad psicofísica produciendo incapacidad sobreviniente o su fallecimiento.

Ello queda asentado cuando se estima que es arbitraria la sentencia que redujo el resarcimiento por incapacidad sobreviniente sufrido por los actores como consecuencia de un accidente de tránsito, pues de ella surge que el *a quo* se limitó a describir genéricamente el daño sufrido por las víctimas, el carácter indiciario de los porcentuales de discapacidad fijados por los diferentes baremos, el salario y la edad, así como su nivel socioeconómico, y concluyó que los importes fijados parecían abultados, por lo que resolvió otorgar unas sumas que calificó como más equitativas y adecuadas a las particularidades, sin especificar el método utilizado para ello y omitiendo analizar no solo la capacidad laboral de los actores, sino también diversos aspectos que se proyectan en su personalidad plena, individual como el social, que pudieron verse afectados producto de las graves lesiones y secuelas del accidente **(39)**.

(35) CS, "Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART SA y otros s/ accidente - inc. y cas", O. 85. L. RHE10/08/2017, Fallos: 340:1038. (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti)

(36) CS, "Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART SA y otros s/ accidente - inc. y cas", O. 85. L. RHE10/08/2017, Fallos: 340:1038. (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti). También dijeron que la incapacidad física del trabajador suele producirle un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en su actividad social, deportiva, etcétera y ese perjuicio debe ser objeto de reparación al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y del daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable.

(37) CS, "Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART SA y otros s/ accidente - inc. y cas", O. 85. L. RHE10/08/2017, Fallos: 340:1038. (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti). El magistrado especifica que para avaluar el resarcimiento en casos en los cuales la víctima ha sufrido daños irreversibles en su integridad psicofísica, el porcentaje pericial de incapacidad laboral, aunque pueda ser útil como una pauta genérica de referencia, no constituye un patrón que el juzgador deba seguir inevitablemente, entre otras razones porque no solo corresponde justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere a dicha tarea un marco de valoración más amplio.

(38) Ver: ALFERILLO, Pascual E., "Reflexiones en torno al concepto de daño y su clasificación", RCyS, 2019-4, 3, TR LALEY AR/DOC/492/2019; "Cuantificación del daño moral en el Código Civil y Comercial", RCyS, 2020-IV, 3, TR LALEY AR/DOC/643/2020; entre otros.

(39) CS, "Grippo Guillermo Oscar, Claudia P. Acuña y Otros c. Campos Enrique Oscar y otros s/ daños y perjuicios (Acc. Trán. c/ Les. o muerte), TR LALEY AR/JUR/134520/2021. (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti

Sin embargo, lo realmente trascendente del fallo es que el criterio humanista se aplicó, fuera del marco presidido por las leyes laborales, en un caso proveniente de un accidente de tránsito, eminentemente *ius privatista*, con lo cual se puede aseverar que el criterio integral o solidario es el que, en este momento histórico, debe ser aplicado para valorar y cuantificar los daños causados a las personas, sea derivado de un fallecimiento o de una incapacidad psicofísica permanente.

Además de ello, fija una pauta para razonar cuándo la cuantía determinada para resarcir los daños antes referenciados cumple con los preceptos constitucionales de ser una reparación plena; e introduce otro principio liminar como es el derecho a que todo ser humano, sea o no trabajador, cuando resulte dañado, sea medido con el mismo parámetro, el criterio integral o humanista, al juzgarse en el considerando 6º que las consideraciones señaladas, *ponderadas a la luz del prisma del derecho a una reparación integral, este tribunal entiende que resulta ineludible que, al tiempo de determinar el monto indemnizatorio por incapacidad sobreviniente y valor vida, los magistrados intervinientes tengan en cuenta como pauta orientadora las sumas indemnizatorias que establece el régimen de reparación de riesgos del trabajo para esos mismos rubros, lo que coadyuvará con arribar a una decisión que —más allá de las particularidades propias de cada régimen indemnizatorio— no desatienda la necesaria armonía que debe regir en el ordenamiento jurídico, cuando no se evidencian razones de entidad para un proceder diferente.*

Ello, pues, no resulta razonable que —como se advierte en el caso— a un trabajador en relación de dependencia se le otorgue protección mayor que a cualquier otro habitante, cuando lo que se intenta resarcir de manera integral es el mismo concepto. Esta diferenciación, sin otro fundamento más que la condición señalada, conduce a vulnerar el derecho de igualdad ante la ley previsto por el artículo 16 de la CN.

La clara elocuencia del pensamiento desarrollado por el fallo exime de mayores consideraciones, sin embargo, su magnitud jurídica que debe ser resaltada, se visualiza porque ha introducido un parámetro objetivo, tangible, para la correcta cuantificación de los daños a la persona en sede civil: los que no pueden ser inferiores a la cuantificación que por los mismos daños un tribunal laboral le otorgaría a la víctima aplicando las normas especiales (ley ART 24.557 y conc.). Y, de suyo, vale en sentido contrario, cuando se opte por la legalidad del Código Civil y Comercial.

En otras palabras, impone a la jurisdicción la tarea de comparar su propuesta de cuantificación con el resultado que arrojaría el otro sistema reparatorio, para medir la equidad de su resolución.

Si ello se transgrede sin una razonable justificación legal, la cuantificación de los daños a la persona sería arbitraria y, por ende, la sentencia inválida.

Es decir, para que se configure una reparación plena, inevitablemente debe existir por parte de la jurisdicción un trato igualitario para las víctimas, sea por producción del daño de génesis laboral o del ámbito civil.

En palabras de cierre no se puede dejar de valorar positivamente que el proloquio configura un hito, por demás significativo, en la evolución humanista e igualitaria en la ponderación y cuantificación de los daños a las personas que pone en jaque existencial al materialismo decimonónico.

---

y voto del juez Lorenzetti). —Del dictamen de la Procuración General al que el voto de los jueces Maqueda y Rosatti remite—.

DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA

Conducta dilatoria y obstruccionista. Filiación. Derecho a la identidad. Interés superior del niño. Daño moral. Pérdida de chance. Procedencia.

Con nota de Verónica Castro

1. — Resulta indudable la configuración en cabeza del demandado del deber jurídico de indemnizar el menoscabo extrapatrimonial generado por la falta de reconocimiento de su hija. Ello es así, porque su conducta constituye un acto antijurídico por cuyas consecuencias dañosas debe responder, precisando a su vez que el resarcimiento a raíz del perjuicio moral causado por la falta de reconocimiento no se confunde con el deber de prestar alimentos ni con ninguna otra derivación patrimonial del vínculo paterno-filial entre el progenitor y su hija.

2. — El demandado no solo ha negado la relación con la accionante al contestar la demanda, sino que su obrar durante el proceso ha sido por demás dilatorio y obstruccionista, al haberse comprometido a realizarse la prueba genética y no asistir en reiteradas oportunidades, lo que provocó una innecesaria prolongación del proceso.

3. — La filiación es una de las instituciones más relevantes en el campo del derecho de familia, en tanto determina algo fundamental como saber quiénes son, desde el plano jurídico, padres o madres de un determinado niño o niña, y, por consiguiente, cuáles son los efectos jurídicos que genera esta relación.

4. — Es procedente la indemnización por pérdida de chance, ya que la menor se ha visto privada del aporte económico de su progenitor durante los primeros diez años de su vida, lo cual ha redundado negativamente en las posibilidades ciertas de una mejor calidad de vida.

5. — Corresponde confirmar la procedencia de la pérdida de chance de que el demandado privó a su hija menor de edad al no reconocerla, al ser incuestionable que, de haber ejercido aquel su paternidad de manera responsable, o cuando menos respetuosa de los derechos fundamentales de su hija, esta habría contado muy probablemente con la posibilidad de vivir una infancia más plena y feliz y desarrollar completamente su potencial, habilidades y personalidad, en una dinámica familiar de por sí compleja, que el accionado solo contribuyó a perjudicar con su lamentable conducta.

6. — La madre de la menor resulta ser damnificada directa a raíz de la lesión de sus intereses espirituales con relación al daño moral generado por la indiferencia del padre de la menor, que indudablemente produjo repercusiones negativas en su entorno familiar y social. No puede ignorarse que el desconocimiento del demandado de sus obligaciones parentales de contribuir a la formación, el cuidado y la educación de su hija, obligó a la actora a asumir sola cuidados que la ley y la naturaleza imponen compartir, circunstancias —todas ellas— que han generado un exceso de tareas, tensiones, angustia, dolor y afectación en su honor y que configuran el deber de resarcir a la actora como víctima directa, necesaria e inmediata del perjuicio producido por su conducta.

7. — La omisión del reconocimiento paterno ocasionó a la madre un daño patrimonial, por los gastos emergentes del embarazo, del parto, así como los derivados de la asistencia al hijo. Se trata de perjuicios que no se superponen con las necesidades cubiertas por la prestación alimentaria, ya que la madre se hizo cargo exclusivamente de la totalidad de los gastos prenatales, de parto y los generados durante los diez primeros años de vida de la menor.

CNCiv., sala L, 10/06/2021. - B., A. N. y otro c. S., A. S. s/ daños y perjuicios - familia.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/74188/2021]

COSTAS

Se imponen al demandado.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expte. n° CIV 055903/2018

2ª Instancia.- Buenos Aires, 10 de junio de 2021.

Considerando:

La doctora *Iturbide* dijo:

I. En la sentencia dictada el día 5 de octubre de 2020, el señor juez de primera instancia hizo lugar a la demanda promovida por A. N. B. por sí y en representación de su hija menor de edad O. S. B. S., y condenó

a A. S. S. a abonar a las accionantes, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, las sumas de $ 280.000 y $ 264.400 respectivamente, con más sus intereses y las costas del proceso.

Contra dicha decisión expresó agravios únicamente el demandado el día 3/11/2020, los que fueron respondidos con fecha 12/11/2020 por las actoras y el 4/5/2021 por la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara. Finalmente, el 5/5/2021 se dispuso el llamado de autos a sentencia, resolución que se halla firme y consentida, por lo cual las actuaciones se encuentran en condiciones de dictar el pronunciamiento definitivo.

II. Antecedentes del caso

Según lo expuso al promover la demanda, a principios del año 2005 la Sra. B. comenzó una relación sentimental con el Sr. S., que duró hasta agosto del año 2007, momento en el cual le comunicó que se encontraba embarazada.

A partir de entonces, el demandado dio por finalizada la relación amorosa y dejó de responder a sus llamados.

El día 26 de febrero de 2008 nació su hija, O S, y ante la falta de reconocimiento espontáneo de la filiación, la actora debió iniciar el correspondiente proceso judicial, caratulado "B. A. N. c/ S. A. S. s/ Filiación" (expte. n° 31.782/2009), que tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia n° 76 del Fuero. Expresó que dicho juicio, luego de reiteradas conductas obstruccionistas del Sr. S., finalizó con el dictado de una sentencia favorable a la accionante, en virtud de la cual se emplazó a O. S. en el estado de hija del demandado.

La Sra. B. indicó que si bien el Sr. S. fue anoticiado de su paternidad en el año 2007, desde entonces nada hizo para responder a esa nueva situación de manera responsable, sino que por el contrario desapareció de la vida de la demandante y de la de su hija. Es por ello que creció sin ser reconocida y sin la presencia de su padre y de su familia paterna.

En definitiva, la falta de reconocimiento de la paternidad implicó para la actora un mayor esfuerzo para brindarle a su hija la necesaria contención y un nivel de vida digno, la llevó a endeudarse con amigos y familiares a fin de alcanzar a cubrir las necesidades básicas suyas y de su hija, en tanto que respecto de la menor de edad, además del perjuicio que implica en sí mismo la privación del derecho al uso del nombre, a la identidad y a gozar de su emplazamiento en el estado de familia, afectó negativamente su rendimiento escolar y su desarrollo psíquico.

El objeto de las presentes actuaciones consiste, pues, en la indemnización de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales experimentados por las demandantes a raíz de la falta de reconocimiento de su hija por parte del Sr. S.

III. La sentencia de primera instancia

El magistrado de la instancia anterior admitió la demanda, acordó a la Sra. B. $ 100.000 por daño moral y $ 180.000 por daño emergente, y a su hija $ 200.000 por daño moral, $ 14.400 por tratamiento psicológico y $ 50.000 por pérdida de chance. Para así decidir, el Dr. Coria tuvo por acreditada la existencia de cada uno de los elementos que configuran la responsabilidad civil, fundada en este caso por la falta de reconocimiento de la filiación.

IV. Los agravios

En esta instancia, el demandado cuestionó la aplicación al caso de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, la procedencia y el quantum establecido para la totalidad de los ítem resarcitorios y el temperamento adoptado por el señor juez a quo en materia de intereses.

V. Aplicación de la ley en el tiempo

Frente a la existencia de normas sucesivas en el tiempo y en función de la queja vertida por el recurrente sobre esta cuestión, cabe aclarar que, como la relación jurídica que motiva este pleito tuvo lugar con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, aquella habrá de ser juzgada —en sus elementos constitutivos y con excepción de sus consecuencias no agotadas— de acuerdo al sistema normativo vigente a la época de los hechos que le dieron lugar, interpretado, claro está, a la luz de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país, porque así lo impone una correcta hermenéutica en respeto a la supremacía constitucional (esta Sala, "Echeverría, Naiara Belén c/ Guerra, Claudio Adrián y otros s/ daños y perjuicios", 17/3/2016, expte. N° 87.204/2012; "Cahe, Viviana Edith c/ Medela, Jorge Alberto y otro s/ cumplimiento de contrato", 26/4/2016, expte. N° 38.543/2013; "Daix, Odina Elizabeth c/ Cencosud S.A. s/ daños y perjuicios", 12/5/2016, expte. N° 59.298/2011; entre muchos otros).

VI. Alcance de la responsabilidad civil

A. Los daños padecidos por O. S. B. S.

1. Daño moral

El daño moral, como toda institución jurídica, no es susceptible de una definición única e inamovible. Sin

embargo, una vez celebradas las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, en el año 1984, se ha impuesto en nuestro medio la noción de daño moral brindada por Zavala de González, Pizarro, Chiappero de Bas, Sandoval y Junyent de Sandoval, que mantiene vigencia hasta nuestros días y comparto plenamente: según los mencionados juristas, el daño moral consiste en "la minoración en la subjetividad de la persona humana, derivada de la lesión a un interés no patrimonial (individual o colectivo). O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial".

Tal idea atiende a las consecuencias que produce la acción antijurídica, y pondera al daño extrapatrimonial o moral por lo que es, en términos positivos, asignándole un contenido propio y específico, no por mera contraposición con el daño material, y da cuenta de que el detrimento se traduce en una modificación disvaliosa del espíritu, expresión que destaca que la persona humana es cuerpo y espíritu, lo cual es comprensivo de múltiples aspectos de su personalidad que son dignos de protección.

Finalmente, el daño moral supera lo meramente afectivo, los sentimientos, y proyecta también sus efectos hacia otras zonas de la personalidad que merecen debida protección: la capacidad de entender y la de querer, de suerte que la mera ausencia de sensibilidad o de comprensión del dolor no excluyen la posibilidad de existencia de daño moral. Aun cuando no exista consciencia del agravio, el disvalor subjetivo puede configurarse. El sufrimiento no es, de tal modo, un requisito indispensable para que haya daño moral, aunque sí una de sus posibles manifestaciones más frecuentes. Con ello se supera el estrecho molde del llamado *pretium doloris*, que presupone necesariamente aptitud del damnificado para sentir el perjuicio. Por lo tanto, la pérdida de los sentimientos o de la posibilidad de experimentarlos, y más aún, de la aptitud de encontrarse en una situación anímica deseable, es daño moral (Pizarro, Ramón D., "El concepto de daño en el Código Civil y Comercial", Revista *Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, 2017-X, p. 13 y ss.).

Por otra parte, no existe una relación de "vasos comunicantes" entre el daño patrimonial y el extrapatrimonial. El daño patrimonial no es accesorio ni conexo del daño extrapatrimonial, más allá de que muchas veces la prueba tenga el componente común de probar el evento dañoso. Son completamente independientes. Un hecho puede no causar daño patrimonial, pero sí tener una relevancia espiritual que se proyecte importantemente en el daño extrapatrimonial. A la inversa, puede haber daño patrimonial (v.gr., contractual) sin que exista afectación a la esfera extrapatrimonial (Molina Sandoval, Carlos A., "Daño resarcible", publicado en La Ley online, cita online AR/DOC/216/2019).

Ahora bien, se ha aceptado que la determinación de la existencia del daño extrapatrimonial (esto es, su valoración) transita por senderos más flexibles que los del daño patrimonial, lo que se deriva de su particular naturaleza, claramente diferente a la de aquel y no solo por las presunciones hominis, sino también por la regla *res ipsa loquitur* ("las cosas hablan por sí mismas"). Ocurre que por las reglas de la experiencia es más o menos sencillo concluir que ciertos padecimientos y afecciones naturalmente se derivan de determinados hechos acreditados (Ossola, Federico A., "El daño resarcible y la cuantificación judicial del daño moral. Dificultades y propuestas", RCyS 2017-XI-13).

A su vez, en lo relativo a la cuantificación del daño moral, el Máximo Tribunal ha resuelto que puede acudirse al dinero y a otros bienes materiales como medio para obtener satisfacciones y contentamientos que mitiguen el perjuicio extrapatrimonial o moral sufrido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado a través de dinero, que funciona como un medio de obtener goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. 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, "Baeza, Silvia Ofelia c/. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", 12/4/2011).

En efecto, resulta muy compleja la cuestión de traducir en una determinada suma de dinero la reparación adeudada por el daño moral. Bien se ha dicho que la cuantificación de este rubro es una de las tareas más difíciles del intérprete judicial, pues en general se carece de cánones objetivos dada la índole misma del menoscabo, que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser auténtica expresión de aquel. Nadie puede indagar el espíritu de otra persona tan profundamente como para poder afirmar con certeza la intensidad del dolor, la magnitud de un padecimiento, la gravedad de la angustia o la decepción (cfr. Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría de la responsabilidad civil", p. 244; Pizarro, Ramón Daniel, "La prueba del daño moral", en Rev. Derecho Privado y Comunitario, N° 13, Prueba-I, 1997; Trigo Represas,

Félix A.-Lopez Mesa, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", T. 1, p. 478 y ss.).

Pues bien: al analizar a la luz de esas premisas el supuesto sometido a consideración de esta Sala, adelanto que resulta indudable la configuración en cabeza del demandado del deber jurídico de indemnizar el menoscabo extrapatrimonial generado por la falta de reconocimiento de su hija O. S. Ello es así, porque la conducta de A. S. S. constituye un acto antijurídico por cuyas consecuencias dañosas (en el caso, la lesión de intereses extrapatrimoniales de su hija) debe responder, precisando a su vez que el resarcimiento a raíz del perjuicio moral causado por la falta de reconocimiento no se confunde con el deber de prestar alimentos, ni con ninguna otra derivación patrimonial del vínculo paterno-filial entre el progenitor y su hija.

En primer término, debe partirse de la base de la magnitud de los derechos de la menor de edad que fueron conculcados por su padre. La filiación es una de las instituciones más relevantes en el campo del derecho de familia, en tanto determina algo fundamental como saber quiénes son, desde el plano jurídico, padres o madres de un determinado niño o niña, y, por consiguiente, cuáles son los efectos jurídicos que genera esta relación (Herrera, Marisa, *Manual de Derecho de las Familias*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 392). En efecto, el niño tiene un derecho constitucional y supranacional a tener una filiación —y para tenerla, debió haber sido reconocido—, toda vez que ese derecho, y el de conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, el derecho a la identidad individual y familiar y, subyacente a ellos y como principio fundamental, el interés superior del niño, se hallan consagrados en los arts. 3, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional sobre derechos humanos que integra el bloque de constitucionalidad argentino (cfr. art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). El ataque a esos derechos fundamentales configura por sí, precisamente, el daño moral, sin perjuicio de la existencia de otros daños en concreto que pudieran acreditarse (Ameal-Hernández-Ugarte, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*. Editorial Estudio, Buenos Aires, 2016, t. 2, p. 605).

En particular, la omisión del demandado de haber reconocido a su hija constituye un acto antijurídico en los términos del art. 1066 del Código Civil y su interpretación por la doctrina y la jurisprudencia, noción que ha sido reafirmada en la actualidad por el art. 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación. Prestigiosa doctrina ha afirmado que "...el negarse voluntariamente a establecer la filiación constituye una conducta antijurídica que, de darse todos los presupuestos de la responsabilidad, obliga a reparar (...) Es decir que la falta de reconocimiento debe ser dolosa o culposa (...)" (Medina, Graciela, *Daños en el Derecho de Familia*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires - Santa Fe, 2002, 122).

El nuevo Código que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015, aunque no resulte aplicable a este litigio en concreto de acuerdo a lo expresado en el considerando anterior de mi voto, ha dedicado un precepto específico a la cuestión, al establecer que "el daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código" (art. 587). Al respecto, se ha señalado —con criterio doctrinal que comparto— que "el factor de atribución de esta responsabilidad –tratándose de daños derivados de las relaciones de familia– es la culpa, que sigue teniendo su espacio en la teoría general de la responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial más allá de las modificaciones que se introducen y la mayor extensión y lugar que se le otorga a la responsabilidad objetiva" (Herrera, Marisa, Manual de Derecho de las Familias, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 449).

Pues bien: en este caso no puede cuestionarse bajo ningún punto de vista la configuración de la mencionada antijuridicidad en la conducta del demandado, calificada a su vez por el reproche subjetivo (culpabilidad) del que es susceptible dicho accionar. Ello es así, si se repara especialmente en que en el expediente sobre filiación al que me referí en el considerando II, a pesar de haber requerido en la audiencia preliminar que se proveyera la prueba de ADN, el accionado no asistió a ninguna de las fechas pautadas al efecto, pese a encontrarse debidamente notificado (conf. fs. 41, 109, 125, 145, 146 y 183), a punto tal que la filiación fue establecida al hacerse efectivo el apercibimiento previsto en el artículo 579 del Código Civil y Comercial de la Nación.

De allí que, tal como acertadamente lo afirmó mi colega de grado, el Sr. S. no solo ha negado la relación con la Sra. B. al contestar la demanda, sino que su obrar durante el proceso ha sido por demás dilatorio y obstruccionista, al haberse comprometido a realizarse la prueba genética y no asistir en reiteradas oportunidades, lo que provocó una innecesaria prolongación del proceso.

Tal extremo, por otra parte, torna evidente que el apelante no se ha ajustado a la verdad al verter sus quejas en esta instancia, pues afirmó que "la contraparte no ha demostrado que el reconocimiento tardío de la paternidad, solo de un año y medio, ya que el demandado, quien se dispuso y se sometió a la extracción de prueba sanguínea, lo que se desprende de los autos de filiación (expediente n° 31782/2009)..." (*sic*).

Finalmente, tengo en cuenta la gravedad y la intensidad del daño moral que cabe presumir con relación a los menoscabos concretos que la falta de reconocimiento de la filiación ha generado en O. S. B. S. En este sentido, resultan insostenibles los "fundamentos" empleados por el accionado en el punto 3 de su memorial: "el plazo entre el nacimiento y el no reconocimiento solo fue de 1 años (*sic*) y medio (...) La reparación del daño moral debe guardar una relación proporcionada con la magnitud del perjuicio, de los padecimientos, de la angustia y las afecciones, es entonces cuando nos preguntamos ¿cuál fue la magnitud en una niña de menos de 2 años de edad?" (*sic*). Es que al margen de que el Sr. S. jamás reconoció a su hija, ni en un año y medio ni en ningún plazo (antes bien, obligó a su progenitora a iniciar y culminar un proceso judicial en su contra para obtener ese emplazamiento, recién en el año 2018), la edad de la niña no constituye un parámetro relevante para limitar la cuantía del resarcimiento que corresponde abonar al responsable. Durante los primeros años de la vida, la falta de la figura paterna da lugar, en la vida de cualquier niño, a una mengua en su identidad espiritual, que está contenida más ampliamente en su derecho a la identidad: "ser uno mismo, con sus propios caracteres y acciones, constituyendo la propia verdad de la persona" (De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, Milano, Giuffrè, 1961). Se trata de un interés merecedor de tutela jurídica de ser representado en la vida del relación con su verdadera identidad, tal como esta es conocida o podría ser conocida en la realidad social, general o particular, con aplicación de los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva (Rivera, Julio César, "Derechos personalísimos en el proyecto de reformas al Código Civil", en Alterini, Juan Martín, Picasso, Sebastián y Wajntraub, Javier H. (coords.), *Instituciones de Derecho Privado Moderno – Problemas y propuestas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001), diligencia y buena fe que, como ya lo he dicho, no han sido satisfechas en modo alguno a raíz de la conducta antijurídica del demandado.

Por todo lo expuesto, la admisión del ítem debe indudablemente confirmarse, y estimo que su cuantificación en $ 200.000, impugnada únicamente por el demandado, no resulta en absoluto excesiva a fin de procurar la reparación integral del daño moral que le generó a su hija al no reconocerla en su emplazamiento filial (art. 1078, Código Civil y art. 165, Código Procesal). Voto, pues, por rechazar las quejas vertidas al respecto y confirmar la sentencia apelada en este punto.

2. Tratamiento psicológico. Deserción parcial del recurso

El contenido de la expresión de agravios está determinado por el artículo 265 del Código Procesal, que sintetiza brevemente la constante jurisprudencia de las cámaras de apelaciones, al ordenar que deberá contener "una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas", constituyendo esta directiva una carga jurídica que le corresponde a quien apela. En este sentido, resulta fundamental que, en todo recurso de apelación, se encuentre presente esta "crítica concreta y razonada" como modalidad de la argumentación que persigue demostrar los errores que porta la sentencia en el ámbito fáctico o jurídico. Esa carga se cumple mediante la indicación detallada de los errores, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprochar al pronunciamiento recurrido el apelante, así como la refutación de las conclusiones de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión (CNCiv., Sala B, 24/4/1995, E.D. 167-488, citado en Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos procesales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, p. 241).

Ahora bien, pocas consideraciones hacen falta para concluir en que el apartado 4 del memorial de agravios del accionado no satisface siquiera mínimamente la carga impuesta por el citado artículo 265 del Código Procesal, puesto que dicha queja se ha fundado en el hecho de que el Dr. Coria, en supuesta violación al principio de congruencia, habría otorgado una reparación de $ 14.400 en concepto de "daño psicológico", cuando en realidad la demandante habría reclamado "tratamiento psicológico", "al que el a quo no refiere" (*sic*).

La simple lectura del expediente permite advertir que la Sra. B., en representación de su hija, reclamó un resarcimiento de $ 14.400 en concepto de tratamiento psicológico (ver aps. 4 y 5 del escrito inicial, a fs. 26 y 28/28 vta.), refiriéndose concretamente al lugar en el que la niña realiza las sesiones de psicoterapia desde el año 2015, y el costo de cada una de ellas.

A su turno, resulta inequívoco el temperamento adoptado por el primer juzgador en su pronunciamiento: "entiendo razonable admitir el reclamo por $ 14.400 por los gastos del tratamiento psicológico que viene realizando desde el año 2015". Nada más ajustado al principio de congruencia: se otorgó a la demandante exactamente lo solicitado, ni más ni menos, y por idéntico concepto al reclamado en la demanda.

En esta inteligencia, resulta evidente entonces que las críticas del accionado relativas al daño psicológico —las que por otra parte son insostenibles y denotan un profundo desconocimiento, suyo y de su letrada patrocinante, de los principios que rigen el Derecho de Daños contemporáneo, como así también de las constancias de estas actuaciones en particular—, en la medida en que se refieren a una partida resarcitoria

diferente a la efectivamente reconocida, no alcanzan a constituir la crítica concreta y razonada que exige el mencionado art. 265 del CPCCN, por lo que propondré al Acuerdo declarar en este punto la deserción del recurso planteado por el Sr. S.

3. Pérdida de chance

El daño por pérdida de chance u oportunidad de ganancia consiste en que el perjudicado pierda la posibilidad o expectativa de conseguir o tener un bien, material o inmaterial. Se trata de la llamada "perte d'une chance" definida por la doctrina francesa como la "desaparición de la probabilidad de un suceso favorable" o la pérdida de la oportunidad de obtener una ganancia. Esa pérdida debe valorarse de una manera restrictiva y su reparación nunca puede plantearse en los mismos términos que si el daño no se hubiera producido y el resultado hubiera sido favorable el perjudicado (cfr. Vicente Domingo, Elena, "El daño", en "Lecciones de responsabilidad civil", pág. 78).

Ahora bien, en este supuesto, tal como lo afirmó el señor juez a quo, O. S. se ha visto privada del aporte económico de su progenitor durante los primeros diez años de su vida, lo cual ha redundado negativamente en las posibilidades ciertas de una mejor calidad de vida. Ello ha quedado reflejado en la descripción que realizó la Licenciada en Trabajo Social designada de oficio, acerca de las condiciones de la vivienda, el aspecto educativo, actividades extraescolares, la salud de O. y el aspecto económico: "el grupo familiar alquila un departamento ubicado en Lugano I y II, propiedad de una tía paterna de la Sra. B. (...) Convive con su hermano Guillermo de 29 años, discapacitado, retraso mental grave, trastorno motriz y del desarrollo del habla y lenguaje, concurre de 10 a 16 hs. al Centro de Día *Virka* (...) CONCLUSIÓN: O. S. siempre estuvo al cuidado de su madre quien se hizo cargo totalmente de sus necesidades desde el embarazo, salud, alimentos, vestimenta, cobertura social, educación escolar y extraescolar, tratamientos psicológicos, traslados, vivienda y otros del diario vivir difíciles de estimar, debiendo ser ayudada por sus padres y amigos para afrontar sus gastos. (...) Nunca existió ningún tipo de relación entre O. S. y su progenitor, cuando la niña tenía 6 años le menciona a su madre que desea verlo, la lleva a casa de los abuelos paternos, ahí se conocen, pero no logran el lazo afectivo que debería existir entre padre e hija, tampoco con su hermana, abuelos y familiares paternos con los que no tuvo contacto" (fs. 89/91).

En este contexto, no tengo la menor duda de que corresponde confirmar la procedencia de la pérdida de chance de que el demandado privó a su hija menor de edad al no reconocerla, al ser incuestionable que, de haber ejercido aquel su paternidad de manera responsable, o cuanto menos respetuosa de los derechos fundamentales de su hija, O. S. habría contado muy probablemente con la posibilidad de vivir una infancia más plena y feliz y desarrollar completamente su potencial, habilidades y personalidad, en una dinámica familiar de por sí compleja, que el Sr. S. solo contribuyó a perjudicar con su lamentable conducta.

Si a ello se suma que el quantum por esta partida —solo impugnado por el demandado— ha sido fijado en $ 50.000 con mucha prudencia por el Dr. Coria, y que no resulta en lo más mínimo desmesurado a los efectos de la indemnización integral del ítem (conf. art. 165 del Código Procesal), corresponde pues rechazar la queja vertida por el Sr. S. y confirmar el fallo recurrido sobre el particular.

A. Los daños padecidos por A. N. B.

1. Daño moral

Como punto de partida, no ignoro cuánto se ha debatido, en doctrina y jurisprudencia, acerca de la constitucionalidad del art. 1078 (y, en definitiva, la justicia de su solución material), en tanto su redacción literal limita enormemente la prerrogativa de reclamar la reparación del perjuicio (propio) sufrido por los damnificados indirectos a raíz de un hecho ilícito extracontractual. No obstante, en este caso concreto no avanzaré sobre esta cuestión, habida cuenta de que, a mi juicio, la coactora A. N. B. resulta una víctima directa del acto antijurídico dañoso que aquí se debate.

Tuve ocasión de pronunciarme en este sentido al votar en primer término en un caso análogo resuelto por esta Sala en su actual integración (Cabaleiro, Romina Esther y otro c/ Céspedes Fernández Alberto s/ filiación, expte. n° 61.585/2010). Allí expresé que un ordenado examen de la cuestión impone, en primer término, distinguir con claridad la figura del damnificado directo y la del damnificado indirecto. Al respecto, calificada doctrina ha señalado que una primera acepción, que toma en cuenta el objeto del daño, define al damnificado directo como quien experimenta un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, "directamente en las cosas de su dominio o posesión"; mientras que damnificado indirecto sería quien lo padece "por el mal hecho a su persona, a sus derechos o a sus facultades", pudiendo ambos tipos de menoscabos (directo e indirecto) generar daño patrimonial o moral. Esta visión resulta coherente con la letra del art. 1068 del Código Civil (Pizarro-Vallespinos, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, t. 5, p. 834).

Ahora bien, mayor importancia tiene en casos como el que aquí se analiza, una segunda noción de

damnificado directo e indirecto, según la cual el primero resulta ser la víctima que experimenta el menoscabo en su propia persona o patrimonio (el perjuicio recae "directamente" o "inmediatamente" sobre él), mientras que el damnificado indirecto (padeciendo siempre un daño propio, pues de lo contrario, este no sería resarcible) lo sufre de manera "indirecta", "refleja" o "de rebote" (*par ricochet*, en la clásica terminología francesa).

En el contexto de esta segunda serie de acepciones, es mi convicción que la madre de O. S. B. S. resulta ser damnificada directa a raíz de la lesión de sus intereses espirituales con relación al daño moral generado por la indiferencia del padre de la menor, que indudablemente produjo repercusiones negativas en el entorno familiar y social de A. N. B. No puede ignorarse que el desconocimiento del demandado de sus obligaciones parentales de contribuir a la formación, el cuidado y la educación de su hija, obligó a la actora a asumir sola cuidados que la ley y la naturaleza imponen compartir, circunstancias —todas ellas— que han generado un exceso de tareas, tensiones, angustia, dolor y afectación en su honor y que configuran el deber de resarcir a la actora como víctima directa, necesaria e inmediata del perjuicio producido por su conducta (en este sentido, ver la opinión de Gregorini Clusellas, Eduardo L., "El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento", en La Ley, 1995-C, pp. 405/417).

Esta interpretación ha sido propugnada tanto en nuestro país como en el derecho comparado. Así, por ejemplo, en las Jornadas sobre Responsabilidad Civil por muerte o lesión de personas, celebradas en Rosario, Santa Fe, en 1979, una de las ponencias presentadas por los doctores Brebbia, Barbero y Corbella proponía legitimar en los términos del art. 1079 del Código Civil, para reclamar daño moral, a los parientes que acreditasen haber sufrido efectivamente dicho padecimiento, aunque no hubiese muerto la víctima (Belluscio, Augusto C., "Código Civil y leyes complementarias", t. V, p. 116). Y en el *Code Civil* de Francia, expresamente se contemplaba la legitimación de la madre extramatrimonial para exigir la reparación del daño ocasionado por el autor del embarazo (art. 340 s/ ley 72-3), en armonía con la genérica responsabilidad por daños prevista en los arts. 1382 y 1383 del mismo cuerpo legal (Gregorini Clusellas, Eduardo L., "El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento", La Ley, 1995-C, pp. 414-415).

Del mismo modo, la solución que propicio se ajusta a los más modernos avances en materia de Derecho de Daños y en lo que aquí interesa, lleva a la flexibilización del criterio vinculado con la legitimación activa (consagrado en la actualidad por el más amplio art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación) y a un paradigma humanista, fuertemente comprometido con la reparación integral de los perjuicios injustos, principio fundamental de raigambre constitucional y supranacional por cuanto está contemplado en instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que nuestro país es parte.

Finalmente, considero adecuado señalar que el temperamento que propongo en mi voto se alinea con la prohibición del trato discriminatorio de la actora como mujer, vedado en nuestra Constitución Nacional que ha incorporado al ordenamiento jurídico argentino con su misma jerarquía a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 75, inc. 22). Tal como lo ha sostenido jurisprudencia de este Fuero, la cual comparto, "entre los tratados internacionales de derechos humanos la Convención ocupa un importante lugar por incorporar la mitad femenina de la humanidad a la esfera de los derechos humanos en sus distintas manifestaciones. El espíritu de la Convención tiene su génesis en los objetivos de las Naciones Unidas: reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres" (CNCiv, Sala K, del voto de la Dra. Hernández en "O. E. M. y otro c/ P. A. O. s/ daños y perjuicios", 14/06/2013, publicado en Microjuris, cita online: MJ-JU-M-81556-AR). Y precisamente, dicho instrumento internacional sobre derechos humanos se orienta a eliminar "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera" (art. 1).

Frente a estas normas y principios, causa genuina vergüenza leer algunos de los "argumentos" (por llamarlos de alguna manera) en los que el accionado ha basado su queja en este punto. Cito textualmente: "la madre carece de un interés jurídico susceptible de reparación ya que no existe el deber de garantizar a la madre un padre para su descendencia" (ap. 6 del memorial de agravios). ¿Cómo es posible que el Sr. S. aún crea que es ese el fundamento de la pretensión de la madre de su hija, tras un juicio completo (y exitoso) de filiación durante casi diez años, y luego del trámite de este mismo expediente? Y lo que es incluso más alarmante y llamativo: ¿cómo es posible que suscriba esa afirmación la Dra. V. A. L., su letrada patrocinante —de sexo femenino, por cierto—, como responsable técnica de la defensa de su cliente? ¿"Garantizar a la madre un padre para su descendencia"? ¿En qué siglo estamos? ¿No es posible acaso ejercer el derecho de defensa de buena fe, con argumentos coherentes,

en vez de hacerlo a través de afirmaciones improponibles por vejatorias, retrógradas, temerarias y alejadas totalmente de una necesaria mirada de género de este tipo de cuestiones?.

Por todo ello, queda claro a esta altura de mi voto que corresponde confirmar la indemnización del daño moral padecido por A. N. B., como menoscabo existente y subsistente que es consecuencia directa del accionar ilícito de A. S. S., y que se traduce en el caso en el intenso dolor que la actora debió y deberá sobrellevar por largo tiempo: el demandado no prestó ayuda moral ni económica durante la gestación, no acompañó a la actora al momento de dar a luz a O., se negó a efectuar el reconocimiento, la obligó a iniciar las actuaciones sobre filiación, donde desplegó conductas obstruccionistas tendientes a demorar la definición del juicio, negó asistencia a su hija que obligó a la coactora a redoblar esfuerzos por ser la única que debió hacer frente a las necesidades económicas y espirituales de la niña, y recién en el año 2017 logró una resolución de alimentos provisorios que no cumplió hasta el año 2018.

Al ser todo ello así, y teniendo en cuenta las nociones generales sobre el concepto como también la cuantificación del daño moral vertidas en el apartado precedente, a las que me remito por razones de brevedad, juzgo que la suma de $ 100.000 no resulta en lo más mínimo excesiva, en este caso concreto, a fin de procurar el pleno resarcimiento del daño moral padecido por la demandante (art. 165 del Código Procesal). Voto, por ende, en el sentido de desestimar esta queja y confirmar la sentencia de primera instancia al respecto.

2. Daño emergente

El daño emergente consiste en el detrimento en valores económicos ya existentes en el patrimonio, a raíz del hecho ilícito extracontractual o del incumplimiento obligacional. Es decir que se trata de pérdidas ya operadas o de erogaciones ya realizadas como consecuencia de la conducta lesiva (daño emergente actual), o bien que habrán de tener lugar con posterioridad —ya sea con seguridad o con un grado objetivo de probabilidad— (daño emergente futuro) (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Buenos Aires, Hammurabi, 1999).

En este caso, la omisión del reconocimiento paterno ocasionó a la madre un daño patrimonial, por los gastos emergentes del embarazo, del parto, así como los derivados de la asistencia al hijo, tal como en la actualidad surge del artículo 658 del CCCN.

Se trata de perjuicios que, contrariamente a lo sostenido por el apelante, no se superponen con las necesidades cubiertas por la prestación alimentaria, ya que la Sra. B. se hizo cargo exclusivamente de la totalidad de los gastos prenatales, de parto y los generados durante los diez primeros años de vida de O. S. Tal como lo expresó la Lic. B de T en el informe al que ya me he referido en el apartado anterior, la Sra. B. se hizo cargo totalmente de las necesidades de su hija desde el embarazo (salud, alimentos, vestimenta, cobertura social, educación escolar y extraescolar, tratamientos psicológicos, traslados, vivienda y otros gastos cotidianos), debiendo ser ayudada por sus padres y amigos para afrontar esas erogaciones.

A su vez, la accionante solicitó y el señor juez a quo le otorgó la suma de $ 180.000 por este concepto, tomando como base el monto de los alimentos provisorios fijados el 21/4/2017, de $ 5.000, y multiplicándolo por 36, al corresponder el reclamo al período de los 3 años anteriores a la determinación de dicha cuota mensual. Por ello, y dado que comparto con el Dr. Coria que el 50 % de los gastos que la Sra. B. debió afrontar desde la concepción de su hija hasta el año 2014, resultan sin duda iguales o superiores al monto establecido, propondré a mis colegas de Sala rechazar la queja del accionado y confirmar la procedencia del ítem por dicho monto, que no resulta en absoluto excesivo en este caso concreto (art. 165 del Código Procesal).

VII. Intereses

Como reiteradamente lo he sostenido en numerosos pronunciamientos, el punto de partida de los intereses respecto de todos los perjuicios que padeció el damnificado por un hecho ilícito debe comenzar cuando se produjo la mora, tal como disponía la doctrina plenaria de esta Cámara Civil en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A.", del 20 de abril de 2009. Ello es así, pues en mi opinión el deber de indemnizar nace con el daño ocasionado a la víctima el día del hecho, produciéndose en ese momento la mora del deudor, con el consiguiente inicio del curso de los intereses (art. 1748 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Es cierto que, en caso de haberse fijado las indemnizaciones a valores actuales, la aplicación de la tasa activa desde el día del acto ilícito procuraría por dos vías diferentes la actualización del valor real de las sumas adeudadas, lo que a su vez supondría la doble reparación de un mismo perjuicio. No obstante, del fallo apelado surge expresamente que los montos de condena fueron los solicitados en el escrito inicial.

Por otro lado, las razones plasmadas por el recurrente en su memorial en este punto son, una vez

más, insostenibles. Refiere que deberían fijarse los intereses "desde el nacimiento de la niña hasta su reconocimiento, y no hasta la fecha, atento que por dilaciones, omisiones e inacción por parte de la progenitora por no iniciar dicha acción, reitero con reconocimiento en el año 2009", cuando lejos de haber existido reconocimiento de ninguna índole, el establecimiento de la filiación en 2018 —esencial para la promoción de las presentes actuaciones— respondió exclusivamente a las negativas, obstrucciones y dilaciones del propio demandado en ese proceso.

En consecuencia, votaré por rechazar la queja vertida por el demandado, confirmando el cómputo de intereses desde la fecha de notificación del traslado de la demanda de filiación en el expediente n° 31.782/2009 y hasta el efectivo pago, según la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, temperamento que no supone en absoluto, en la presente controversia, una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido de las damnificadas.

Finalmente, y sin perjuicio de lo anterior, dado que coincido con la postura sustentada por mi estimado colega Dr. *Liberman* en los autos "Chivel, Francisco Alberto c/ Venturino, Gustavo s/ daños y perjuicios" del 28 de mayo de 2014, propondré también que para el caso de demora en el pago de la condena en el plazo de diez días, deban abonarse a partir de entonces intereses moratorios equivalentes a otro tanto de la tasa activa del plenario "Samudio", en virtud de lo previsto por los art. 768 y 1747 del Código Civil y Comercial de la Nación.

VIII. Conclusión

Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido, propongo al Acuerdo liquidar los intereses sobre el capital de condena de conformidad con lo establecido en el considerando VII de mi voto y confirmar la sentencia apelada en lo demás que decidió y fue materia de agravios, con costas de Alzada al demandado vencido (art. 68, primera parte del Código Procesal).

Así voto.

Por razones análogas a las expuestas por la doctora *Iturbide*, los doctores *Liberman* y *Pérez Pardo* votan en el mismo sentido.

Con lo que terminó el acto.

Vistos:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el tribunal decide: Liquidar los intereses sobre el capital de condena de conformidad con lo establecido en el considerando VII del voto de la Dra. *Iturbide* y confirmar la sentencia apelada en lo demás que decidió y fue materia de agravios, con costas de Alzada al demandado vencido.

Difiérase la regulación de los honorarios de Alzada hasta tanto sean fijados los de la instancia anterior.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Hácese saber que la eventual difusión de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164. 2° párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. — *Víctor F. Liberman.* — *Marcela Pérez Pardo.* — *Gabriela A. Iturbide.*

Daños y perjuicios devenidos de la falta de reconocimiento filial

Verónica Castro (*)

Sumario: I. Fallo.— II. Primera instancia.— III. Apelación.— IV. Los reclamos indemnizatorios.— V. Daño moral.— VI. Solicitud de fijación de alimentos provisorios.— VII. Responsabilidad parental.— VIII. Principios procesales destacados en materia de procesos de familia.— IX. Reglas de competencia.

I. Fallo

El fallo en análisis fue resuelto en segunda instancia por la Sala "L" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en fecha 10/06/2021.

Data su inicio en una acción de reclamación de vínculo filial en el año 2005.

II. Primera instancia

En octubre de 2020 se hizo lugar a una demanda estimándose los montos de daños y perjuicios a favor de la propia demandante, y de su hija menor por ella representada, integrando las indemnizaciones patrimoniales y extra patrimoniales motivado en la falta de reconocimiento espontáneo de filiación, siendo el precitado expediente antecedente necesario del propio del reclamo de daños y perjuicios (Juzgado de 1a instancia N.º 76 del Fuero Civil), mediante el cual se emplazó a la menor del caso de marras en estado de hija del demandado.

La falta de reconocimiento espontáneo por parte del accionado redundó negativamente sobre la niña durante su crecimiento, la privación del derecho al uso del nombre, la identidad, el emplazamiento en estado de familia, afectaron su rendimiento escolar y desarrollo psíquico.

III. Apelación

III.1. Agravios presentados por el demandado exclusivamente

Se cuestiona la aplicación de las disposiciones normativas del Cód. Civ. y Com., procedencia, *quantum* e intereses de las correspondientes indemnizaciones fijadas.

La parte actora responde en tiempo y forma al igual que la defensora de menores e incapaces.

El fallo guarda fundamento en los principios esenciales que seguidamente se mencionan y que tendrán su posterior desarrollo;

- El art. 3º de la ley 26.061, Interés Superior del Menor.

- La constitucionalización del derecho privado, dando internalización a las convenciones de DDHH que presiden al derecho de familia y al proceso de democratización de este derecho.

- El derecho a la identidad, e inmediata inscripción, Convención sobre Derechos del Niño.

- La igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

- La mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación.

- El acceso e importancia de la prueba genética como modo de obtener la verdad biológica.

- La reparación del daño injusto al derecho a la identidad de un hijo.

(*) Doctoranda en Derecho. Especialista en Derecho de Familia. Docente asociada de Derecho Extrapatrimonial y Patrimonial de Familia (UAI). Docente adjunta de Derecho de Familia (UNR). Secretaria académica (UAI).

- Al goce de los beneficios del progreso científico y su aplicación.

- El derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella.

- El derecho a la identidad en su fase estática y dinámica, resultando esta última la inscripción del dato genético, conformando en su integralidad al ser humano. Y en su faz estática, llevando ínsito el derecho inalienable a conocer la verdad biológica y llegar a la certeza sobre ella.

- Al derecho a la personalidad, prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienable, perpetuo y oponible erga omnes.

Se consideran dentro de los derechos de tercera generación, y cobra fundamental importancia la identidad personal, entendida como el derecho de todo ser humano de ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos. Uno de ellos y vital el que tiene todo niño de ser inscripto y registrado apenas nacido, a tener un nombre, una nacionalidad, a conocer a sus padres y de ser posible ser cuidado por ellos.

IV. Los reclamos indemnizatorios

El demandado de autos lesionó con la falta de reconocimiento los derechos de la personalidad, violó la identidad de la niña al negarle el estado familiar de hijo. Configura el daño indemnizable, patrimonial y no patrimonial, y que no lo exime por estar comprendido en las relaciones de familia de acuerdo a disposiciones del Cód. Civ. y Com. (arts. 1738 y 587).

Es digno de destacar que el accionado desapareció al ser anoticiado por la madre de su hija de que estaba embarazada, desentendiéndose totalmente de ella y de la bebé por nacer.

De allí que una cuestión tenida en consideración en el fallo que nos ocupa hace referencia a la *pérdida de chance*. Negó por ello a la niña la oportunidad de ganancia, representada la pérdida de la posibilidad o expectativa de conseguir o tener un bien material o inmaterial.

El progenitor privó a la menor de vivir una infancia más plena y feliz, desarrollando su potencial, habilidades y personalidad.

Se sabe que la responsabilidad por los perjuicios que se ocasionan a otros trae aparejado resarcimiento, que posee raigambre constitucional de acuerdo al art. 19 de nuestra Carta Magna, siempre que se reúnan los elementos caracterizantes del daño;

a. Antijuridicidad.

b. Verificación de factor de atribución de responsabilidad.

c. Daño.

d. Relación adecuada de causalidad entre el daño y el comportamiento antijurídico (arts. 1716/7, Cód. Civ. y Com.).

La especie "los intereses" dentro del género "derechos", se caracteriza por estar fuera del ámbito de la exoneración y disponibilidad de las partes. Es decir, ni el padre puede renunciar a sus deberes que emanan de la responsabilidad parental, ni el hijo puede exonerar a su padre del cumplimiento de tales deberes.

La indemnización por el daño moral no constituye un resarcimiento en sentido estricto, sino una compensación a quien fue herido en su fuero íntimo. Es el denominado precio del consuelo que intenta confrontar el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo.

En el caso de marras, la solicitud del reclamo resarcitorio del daño moral per se y su correspondiente indemnización (es decir por parte de la accionante), no es pacífica; en ocasiones, independientemente del damnificado principal, en este caso la niña, puede hacer que se escinda del menoscabo de los derechos fundamentales a la dignidad y honra de la madre, por lo que debe interpretarse a la luz de la Constitución Nacional y las convenciones internacionales de DD.HH., ratificadas en 1994; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Argumenta la demandante su reclamo, en que debió asumir la responsabilidad parental de la niña en soledad.

V. Daño moral

Puede tratarse de un damnificado directo como indirecto.

Es directo cuando se produce "directamente en las cosas de su dominio o posesión".

Indirecto "por el mal hecho a su persona, a sus derechos o sus facultades". Pudiendo ambos tipos de menoscabo, generar daño patrimonial o moral.

Lo sufre en forma "refleja" o "de rebote".

El art. 1741 del Cód. Civ. y Com. consagra un paradigma humanista, comprometido con la reparación integral de los perjuicios injustos, principio fundamental de raigambre constitucional y supranacional.

VI. Solicitud de fijación de alimentos provisorios

La resolución, en el caso en análisis, de cuota alimentaria provisoria se fija en el año 2017, siendo recién cumplimentada por el demandado a partir del año 2018.

VI.1. Análisis

En la legislación ordinaria existe, como debe ser, una postura genuflexa a la Constitución, la cual ha de determinar positivamente a la sociedad toda, a aceptar sin reflexión u oposición sus postulados.

El factor dominante que se tributa a la Carta Magna es, en todos los casos, la reverencia a ella. Esta condiciona la posición de los jueces y la doctrina. De ese modo se expone en casi toda la jurisprudencia imperante, no siendo el presente fallo en análisis la excepción a esta regla.

La intimidad y la libertad de poder elegir, en definitiva, sobre nuestro propio proyecto de vida, son una necesidad humana, un derecho natural anterior a cualquier regulación positiva; pertenecen a la esfera de los derechos humanos o derechos fundamentales, y es la razón por la que el Estado, a través, en este caso del poder judicial, debe reconocerlos y protegerlos a cada paso.

Es digno de mencionar que el proceso de constitucionalización del derecho privado, y en especial del derecho de familia, ha generado la incorporación e internalización de una serie de tratados internacionales, entre los que son dignos de destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos **(1)**; el Pacto de San José de Costa Rica **(2)**, entre otros.

La premisa fundamental de todo análisis jurídico es considerar a la persona como titular de derechos, particularmente en este caso, del derecho a la intimidad, del derecho a la identidad, del derecho fundamental de formar una familia, entre otros. Bastaría con invocar el art. 19 de la Constitución Nacional **(3)**, entre tantas otras disposiciones de raigambre supra legal premencionadas.

En reiteradas oportunidades nos hemos de preguntar: ¿qué es lo que hace el derecho para proteger a la familia? Para ello en forma inmediata nos surge un segundo y consiguiente interrogante: ¿qué entendemos por familia?

Antes de pretender dar respuesta a las inquietudes planteadas, es importante observar que los derechos en general, y al margen de que la Constitución Nacional habla de la protección integral de la familia, en la realidad no protegen a la familia como instituto, sino a las personas que forman ese grupo en su individualidad.

Por lo que veremos que el concepto de familia es muy variable según cada época y situación social, y aun coincidiendo esos factores, puede definirse de forma diferente. Se trata de un verdadero término polisémico.

(1) Art. 12, "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

(2) Art. 11 inc. 1º, "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, 2º, Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de la familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3º. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

(3) Art. 19 de la Constitución Nacional: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

En realidad, es función del derecho subjetivo cohonestar o armonizar los intereses individuales y los familiares, debiendo hacerse una ponderación que permita la "igualdad", o para expresarlo desde nuestro particular punto de vista, la equidad, la no discriminación entre los individuos en el ejercicio de sus derechos.

Analizando la materia que nos convoca, insistimos, en los últimos años se han producido enormes cambios, sociales y legales.

Decimos que el Cód. Civ. y Com. es un entramado de normas vivas que requieren esfuerzo doctrinario particular respecto de las nuevas instituciones que incorpora, y que han generado ya planteos y soluciones judiciales, a la par de diversas reglamentaciones nacionales o locales sobre cuestiones relacionadas.

En las palabras introductorias al Cód. Civ. y Com., el Dr. Lorenzetti enuncia que, en referencia a los temas incluidos en la actual legislación, su significado dependerá, en gran medida, del proceso de aplicación, teniendo en cuenta la importancia que tiene la pluralidad de fuentes en el sistema jurídico argentino, o de modificaciones que introduzcan leyes especiales posteriores.

En el punto IV, al hacer referencia a la constitucionalización del derecho privado, indica **(4)** "la mayoría de los códigos existentes se basan en la división tajante entre el derecho público y privado. En este proyecto, hoy ley vigente, considera, existe una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado en casi todos los temas centrales. Por Primera vez hay una conexión entre la Constitución y el derecho privado, basada en los aportes de la doctrina y jurisprudencia en este tema".

Al mismo tiempo al punto VII) de la mentada introducción explicita: "En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar...". "Dicha regulación no significa promover determinadas conductas a una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de ofrecer una serie de opciones de vida propia de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender".

Destaca por sobre todo el paradigma protectorio, tutelando a los débiles y con fundamento constitucional en la igualdad, desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables, manifestando el desmontaje de las distinciones que puedan resultar discriminatorias.

Como epílogo a sus palabras, Lorenzetti considera que la obra del codificador es de por sí compleja, dado que debe articular casos diferentes con intereses disímiles que han de armonizarse, para que las soluciones resulten equilibradas permitiendo la convivencia social. Resulta difícil la tarea en las sociedades del presente siglo en que todo cambia, se acelera y la diversidad prolifera.

Ante hechos y conductas tan fluctuantes resulta difícil la aplicación de normas inmutables.

¿El derecho está destinado a reglar la conducta humana? Si resultase afirmativa la respuesta tenemos ante nosotros la siguiente consideración: ¿la persona tiene derechos que el ordenamiento jurídico debe reconocer? ¿O los derechos son solo aquellos que el ordenamiento jurídico le otorga a la persona? **(5)**

Siguiendo a Vidal Taquini, podemos aseverar que "el reconocimiento u otorgamiento de derechos subjetivos familiares provoca la calidad de miembro de la familia. Mas esta calidad no surge por sí sola, sino que es necesaria e imprescindible la existencia del derecho objetivo, no solo para dar contenido al derecho subjetivo, sino además porque el derecho objetivo es el calificador del vínculo biológico, de tal manera que el derecho subjetivo familiar guarda concordancia con la calificación que produce el vínculo jurídico, que torna a los vínculos familiares en matrimoniales o legítimos, extramatrimoniales o ilegítimos..." **(6)**.

(4) LORENZETTI, Ricardo L., "Introducción al Código Civil y Comercial", disponible en http:/www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/doctrina 386pdf.

(5) VIDAL TAQUINI, Carlos H., "Derecho de familia. El derecho subjetivo familiar", LA LEY, 1979-B, 1001.

(6) Ibídem.

Hoy se asiste a lo que podría denominarse "contractualización de la familia", entendiendo por tal el hecho de otorgar cada vez mayor relevancia a los acuerdos de voluntad en la organización de las relaciones familiares. Comprendiendo tanto, relaciones con contenido pecuniario, como las carentes de valoración económica. No obstante, de no existir la voluntariedad en el buen obrar de todo individuo, como en el caso de marras, el Estado, a través del poder judicial, debe encaminar la cuestión y obligar al responsable a enmendar su yerro.

En esta instancia, resulta digno de destacar y considerar, dejando momentáneamente el tratamiento local del tema de lado, vivenciar el derecho comparado. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea inició su apertura con las siguientes palabras, "la dignidad humana es inviolable". Frase emblemática que no puede cederse en ninguna circunstancia.

La Unión se convierte así en protagonista de esa revolución de la dignidad, característica de la última fase del constitucionalismo, y que en la Carta de los derechos fundamentales va acompañada de la importancia asumida por los principios de igualdad y solidaridad, ausentes en versiones anteriores de los Tratados.

Esta innovación constitucional resulta particularmente relevante hoy, porque en la regresión general de la atención a los derechos, se destaca la relativa a los derechos sociales. Aquí realmente la contradicción se vuelve extrema. De hecho, la carta de los derechos ha llevado a buen término lo que podríamos definir como "constitucionalización de la persona", que representa su innovación más fuerte.

En el preámbulo aparecen dos expresiones exigentes, la Unión coloca a la persona en el centro de su acción y se basa en los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad.

Incluso en este caso no se trata de una declaración genérica, sino de una indicación política y jurídicamente vinculante. Precisamente porque se habla de indivisibilidad, no se permite que los derechos sociales se consideren más bajos que los demás derechos. Precisamente porque afirma que la Unión Europea se basa en la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, son políticas inadmisibles que tienen como única o predominante referencia la dimensión económica, con un claro riesgo de regresión política y cultural.

Concomitantemente, Olga O. Cherednychenko estimó que originalmente los derechos fundamentales, es decir, los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, junto a los derechos constitucionales contenidos en las constituciones nacionales, y el derecho privado, se circunscribían a dos planes claramente separados, debido a la evidente distinción entre derecho público y derecho privado. Durante mucho tiempo, por lo tanto, se consideró que el derecho privado era inmune al efecto de los derechos fundamentales, cuya función se limitaba a la mera defensa individual contra el ojo atento del Estado.

Sin embargo, recientemente, en muchos sistemas legales europeos, y en particular en el sistema legal alemán, los derechos fundamentales y el derecho privado han comenzado a acercarse cada vez más rápidamente. La creciente influencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre individuos, gobernadas por el derecho privado, o el efecto horizontal de los derechos fundamentales en el derecho privado, que ahora puede rastrearse en muchos ordenamientos jurídicos europeos, permite discutir una tendencia hacia la institucionalización de los derechos privados y muestra claramente que el derecho fundamental y privado ya no se encuentran aislados de los demás **(7)**.

Con base en lo antes descripto cabe preguntarnos: ¿los derechos humanos y el derecho privado son compatibles? ¿El respeto por los derechos humanos puede integrarse perfectamente en las doctrinas del derecho privado? ¿O los derechos fundamentales tal como la autonomía de la voluntad declarada en la Constitución y en las Convenciones Internacionales no se mezclan jamás con el derecho privado?

El derecho tutelado en las principales Convenciones de Derechos Humanos y en la Cons-

(7) CHEREDNYCHENKO, Olga O., ob. cit., p. 499. En "Diritti e Libertá Fondamentali: Nei Rapporti Contrattuali a Cura di Guido Alpa e Giuseppe Conte", G. Giappichelli Editore. Torino 2018.

titución Nacional se concentra en la libertad civil **(8)**. Por lo que, en definitiva, derechos humanos y derecho privado caminan de la mano con un objetivo común, la autonomía o autodeterminación de las personas.

No obstante lo ya manifestado, la necesidad de una traducción de los conceptos es necesaria, porque la idea de libertad o autonomía difiere en los contextos de derecho público y derecho privado. En el derecho público, se hace referencia a la protección ofrecida por los derechos humanos, y dirigida principalmente a la libertad negativa, cuyo significado trata de poner un límite al poder estatal para proteger la libertad del individuo del abuso de poder, y permitir que las personas y grupos participen en un proceso político democrático. En derecho privado, por el contrario, la noción de libertad se refiere principalmente a una libertad positiva para alcanzar sus objetivos. En este contexto, la idea de la autoestima privada expresa el ideal por el cual los individuos deberían tener la capacidad de ser autores de su propia vida **(9)**.

La autoestima la definimos como la valoración que tenemos de nosotros mismos, teniendo en consideración que esa valoración es nuestra, es privada y es propia.

En nuestro derecho interno podemos aseverar que tras la reforma constitucional de 1994 se han aceptado y receptado, como asentáramos precedentemente, diversas formas de organización familiar, surgiendo nuevos paradigmas en la interacción entre derechos humanos y derecho de familia, incluyendo su tratamiento doctrinario y jurisprudencial.

Podríamos enfatizar que actualmente se ha propiciado un diálogo fluido entre lo público y lo privado, es decir entre las normas constitucionales y las normas del derecho privado, en lo que se ha denominado "el derecho civil constitucional" o "derecho privado constitucional" **(10)**.

Como ya manifestáramos, el ordenamiento aludido, se encuentra presidido por la Constitución, que es la fuente o norma primaria de producción, fuente de fuentes. Por lo que una norma será válida y vinculante, si de ese modo lo dispone la constitución **(11)**.

Los legisladores y jueces, que son los representantes de los poderes existentes en un país, han de ajustarse a las normas supremas al legislar y aplicar leyes. Por lo que no están facultados a decidir según su criterio, aunque muchas veces dicho criterio represente el pensamiento o deseo absoluto de las mayorías.

Ante cualquier creencia o convicción, existe un límite insoslayable: los contenidos esenciales de los derechos fundamentales, universales e inalienables, que propenden al desarrollo de construcciones que reflejen la pluralidad de una sociedad abierta **(12)**.

Entre la metamorfosis familiar, y el reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad y de respeto a la libertad individual, surge la solidaridad como precepto unitivo que da cohesión a la familia, y a los miembros que la integran.

En este sentido la tutela constitucional que se otorga a la familia debe ser interpretada en función de este principio, que se configura como una cláusula fundamental en aras del desarrollo de la personalidad.

El presente fallo hace referencia a este precepto fundamental de los tiempos modernos, "la solidaridad".

Para referirnos a la solidaridad familiar resulta importante citar al mentor de ella en nuestro país, el Dr. Marcos Córdoba **(13)**, quien considera que representa una virtud contraria al indivi-

(8) COLLINS, Hugh, "Diritti e libertá fondamentali nei rapporti contrattuali", Ed. G. Giappichelli Editore, 2018, p. 232.

(9) Ibídem, p. 273.

(10) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Otra muestra del "derecho privado constitucional": la constitución avanza sobre los poderes privilegios concursales", LL, Suplemento de Concursos y Quiebras, 7/9/04, p. 29 y ss.

(11) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria; HERRERA, Marisa, p. 16.

(12) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Cuando de swingers se trata la constitución es la que manda", LA LEY, 2003-E, 501, 34.

(13) CÓRDOBA, Marcos M., "Derecho Sucesorio, Normas jurídicas que atiendan a los discapacitados", LA LEY, 2011-B, 872.

dualismo y busca el bien común. Su finalidad es intentar solucionar las carencias espirituales o materiales de los demás, y se produce como consecuencia de la adhesión a valores comunes, que lleva a compartir creencias relacionadas con los aspectos fundamentales de los planteamientos políticos, económicos y jurídicos de los grupos sociales. El dinamismo de la solidaridad gira en torno del reconocimiento de las diferencias entre los humanos, postula la universalidad de sus derechos esenciales y se orienta primariamente hacia quienes sufren.

Resulta ser una verdadera crónica en pos de los vulnerables.

La finalidad del principio de solidaridad es compensar las carencias espirituales o materiales de los demás miembros de un mismo grupo, su justificación deriva del principio de igualdad; ya que para que los seres humanos sean iguales deben contar con igualdad de recursos materiales o espirituales para desarrollarse. De lo contrario puede predicarse el principio de igualdad, pero no se cumple cuando uno de ellos cuenta con todos los medios económicos y su compañero carece de lo imprescindible para subsistir. Es allí donde la solidaridad es imprescindible para lograr la igualdad.

La solidaridad brota de la afirmación de la igualdad, traducida en la dignidad de todo ser humano.

Resulta necesario resaltar, como bien destaca Córdoba, la tendencia que se está produciendo en el derecho de familia, mediante la cual, la solidaridad va a ser en un futuro cercano el único elemento en común de todo tipo de familia **(14) (15)**.

Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, establecidas por las normas de orden público, muchas veces se relacionan con el interés familiar, por lo tanto, será necesario determinar qué se entiende por interés familiar. En este sentido hay que tener en cuenta que según la Corte Suprema de Justicia de la Nación el orden público es el interés familiar inserto en los intereses humanos, pero que no son más que la suma de los intereses individuales que se estiman necesarios para la existencia y conservación de la familia sin cuya presencia no se puede concebir la sociedad, porque su fin es la vida misma, teniendo por función la satisfacción de las necesidades primarias de la existencia (CS, Fallos 315:549).

No obstante existir principios generales del derecho, también los hay propios del derecho de familia en general, y que van a regir el funcionamiento de todos sus dispositivos jurídicos.

Ello es aceptado por Bobbio, quien aseveró que los principios de derecho pueden clasificarse según la materia que regulan; los hay generales de derecho sustancial, que disponen máximas para todos los particulares, de derecho procesal y de hermenéutica jurídica, destinados a los jueces, y generales de organización, dirigidos a los legisladores conforme a su ámbito de validez, los hay dentro de un instituto, de una materia, de una rama jurídica. Estos últimos son los principios del derecho de familia con grandes cambios paradigmáticos según la época de que se trate, y los cambios actuales dentro del derecho de familia.

No es tarea fácil, como prescribe Medina, descubrir cuáles son esos principios ante la mentada trasformación de las áreas que nos competen. La prestigiosa autora destaca:

"Los principios de derecho de familia decimonónicos fueron pensados para una sociedad patriarcal, donde el matrimonio era indisoluble, en la familia no existía igualdad entre sus miembros, y las relaciones eran jerárquicas. Las normas eran de orden público y la autonomía de la voluntad era escasa. A lo largo del siglo XX la sociedad cambio copernicanamente, sus relaciones se democratizaron y hoy transcurridos 18 años del siglo XXI podemos afirmar que los principios generales que regulan el derecho de familia son el principio de libertad, de igualdad, de solidaridad, de responsabilidad y de interés superior del menor" **(16)**.

(14) Conferencia del Dr. Marcos Córdoba, en el Municipio de la ciudad de Pilar, abril de 2013.

(15) CÓRDOBA, Marcos M., "Sesión del Seminario Permanente de Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones", del 26 de marzo de 2012, Instituto Ambrosio Gioja, Universidad de Buenos Aires,

(16) MEDINA, Graciela, "Principios del derecho de familia"; LA LEY 13/04/2016, 1.

Así, en Chile, el profesor Lepin **(17)** plantea como nuevos principios del derecho de familia, la protección de la familia, la protección del matrimonio, la igualdad entre los integrantes del grupo familiar (de los cónyuges y de los hijos), la protección del más débil en las relaciones de familia (interés superior del niño y cónyuge más débil), la autonomía de la voluntad, y, por último, el principio de intervención mínima del Estado.

Por su parte, el jurista peruano Enrique Varsi enumera como principios generales del derecho de familia en Perú el principio de promoción del matrimonio, el principio de protección de la unión estable, principio de igualdad, y el principio de protección a los menores e incapaces **(18)**.

En definitiva, consideramos que los principios generales del derecho de familia son proposiciones, directivas o estándares a los que se puede recurrir para resolver los casos no previstos en la ley, que además contribuyen para el esclarecimiento del sentido de las normas, y sirven de directiva y límite al legislador cuando crea las normas **(19)**.

Por otra parte, entendemos que los principios generales de familia surgen explícitos o implícitamente de la Constitución Argentina y de los Tratados de Derechos Humanos, y se encuentran plasmados en el Código Civil y Comercial **(20)**. Dicho cuerpo normativo organiza un sistema jurídico orientado hacia la protección de la igualdad real de los miembros de la familia, y a la garantía de la determinación autónoma de las funciones que competen a cada uno.

Como correlato de lo expuesto en el ámbito del derecho de familia, los principios generales se encuentran en el título "De las relaciones de familia", donde se establecen los dos grandes principios rectores de ese derecho, el principio de igualdad y el de libertad, que están especialmente denominados por lo que no caben dudas acerca de su existencia.

Estos principios básicos responden a transformaciones sociales y culturales maduradas en los años sesenta. La familia deja de concebirse como una institución jerárquica en cuya cumbre está solo el padre para decidir la organización y funcionamiento del grupo. Por el contrario, cada integrante es un sujeto de derecho y la familia se organiza en forma de red. La familia es el instrumento ofrecido a cada uno de los integrantes para el desarrollo de su personalidad **(21)**.

Los otros grandes principios del derecho de familia, junto a la solidaridad, son, el de responsabilidad y el interés superior del niño. Ellos, a diferencia de los anteriores, no están enunciados expresamente como tales en el título de las relaciones de familia, sino que se extraen de la interpretación armónica del Cód. Civ. y Com., la Constitución y los tratados de Derechos Humanos.

El fundamento por el cual no se puede disponer de los principios del derecho de familia, deriva de la dignidad de la persona humana que se vería seriamente afectada si pudieran comprometerse esas premisas esenciales para el pleno desarrollo de la vida familiar.

Ha habido, pues, un pasaje de la familia (modelo único, tipo) a las familias. Se trata de una evolución inevitable con el cambio de las costumbres, aunque hay que reconocer que las nuevas organizaciones no son nuevas; nuevo es el registro de lo que existía omitido, silenciado o negado **(22)**.

Nuevos tipos de familia, sin agotar la descripción, ni las que en el futuro puedan desarrollarse, las homoparentales, anaparentales, ensambladas, entre otras, exigen nuevas formas de regulación que las contemplen. Y cuando hablamos de regulación, nos referimos a protección. ¿Qué,

(17) LEPÍN MOLINA, Cristián, "Revista chilena de Derecho Privado", diciembre 2014, N.º 23, p. 9-55.

(18) VARSI ROSPIOGLIOSI, Enrique, "Tratado de Derecho de Familia", Gaceta Jurídica, Perú 2012, t. I, p. 274.

(19) BOBBIO, Norberto, "Principi Generalli di diritto", en Novísimo Digesto Italiano, t. XIII, p. 168 y ss.

(20) MEDINA, Graciela, ob. cit.

(21) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Derecho de las familias, infancia y adolescencia, La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino", Buenos Aires, 2014, 1ª ed., p. 11.

(22) GIBERTI, Eva, "La diversidad en las organizaciones familiares. ¿Cómo se conjuga con la bioética? En revista de derecho de familia", RDF 55, 159.

si no la protección, es lo que motiva y autoriza al Estado a reglar las conductas humanas?

La familia actual, en cualquiera de sus formas, sigue compartiendo un propósito común como conjunto, sin perjuicio del proyecto individual de vida de cada uno de sus integrantes

El derecho de familia en su origen se caracterizó como una rama del derecho privado en el que todas sus normas, o su mayoría, tenían carácter de orden público. Ello significaba una amplia intervención estatal.

La modernidad, trae consigo el nuevo carácter consensual del derecho de familia y la atenuación de la imperatividad de sus normas. Como afirma Sojo, a partir de mediados del siglo XX, en especial en lo que se conoce como la cultura Occidental, importantes sectores empiezan a desconocer la escala de valores sobre la que se estructuraba el derecho de familia, haciéndose ello evidente en virtud de la proliferación de situaciones de hecho **(23)**.

La autonomía de la voluntad es el principio que ha de regir la vida en sociedad, incluyendo ello, claro está, las relaciones de familia. Conforme nuestra Carta Fundacional dispone en su art. 19 el límite a la libertad del individuo está dado por la protección del orden público, la moral pública y el daño a terceros.

El principio es siempre la libertad y la excepción la intervención estatal. Esta intervención como expresamente dispone el último párrafo del mencionado artículo constitucional se encuentra sujeta al principio de legalidad, esta regulación ha de ser para protección del individuo. Legalidad, que conforme ha interpretado la Convención Interamericana de Derechos Humanos, requiere que cualquier restricción efectuada respecto, al menos, de los derechos y garantías reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, sea efectuada por medio de una ley que haya cumplido con los requisitos exigidos por la Constitución del país de que se trate.

La familia y su protección se encuentran expresamente recogidos en nuestra Constitución en el art. 14 bis y en los tratados de Derechos Humanos con análoga jerarquía constitucional tras la reforma constitucional de 1994, receptados por el célebre art. 75, inciso 22, dejando explícitamente las obligaciones de abstención del Estado, dejando "hacer y ser" a las familias, y por supuesto las consecuentes obligaciones de hacer del Estado en cuanto a su protección.

A esta altura de los acontecimientos, y reiterando, resulta pertinente hacer un relevo de las normas constitucionales en que se ve reflejado el principio de autonomía anidando la protección familiar. Al mismo tiempo, con la reforma del año 1994, fueron incorporadas las convenciones internacionales otorgándoseles rango constitucional a través del art. 75, inc. 22.

- Art. 19, CN: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privada de lo que ella no prohíbe".

- Art. 14 bis, CN: "...En especial, la ley establecerá:... la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".

- Art. 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos: "1.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado".

- Art. 32, Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Correlación entre deberes y derechos: 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

- Art. 12, Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

(23) SOJO, Lorenzo, "La privacidad, la autonomía decisoria y el derecho de familia", DFyP 2010 (junio), 46.

- Arts. 5º y 6º, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre: "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección de ella".

- Art. 10, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Los estados parte en el presente Pacto reconocen que 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges".

- Art. 17, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación".

- Art. 23, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

- Art. 5°, Convención sobre los Derechos del Niño: "Los estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

En el ámbito nacional existe una proficua jurisprudencia en la que ha sido receptado un criterio amplio de familia. A modo de ejemplo podemos citar una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires respecto de la adopción conjunta de una pareja de convivientes, expresando sus argumentos del siguiente modo:

"En vista a esta construcción heterogénea de los distintos modelos familiares reconocida en los tratados (art. 75, inc. 22, CN) y en el art. 14 bis, parte final, CN, el concepto amplio de familia es el que impera en el ordenamiento jurídico. Vale decir, el principio protectorio de la familia debe receptar este pluralismo familiar. De lo contrario, en la aceptación de un único arquetipo, el matrimonio, como paradigma a ser imitado por los restantes modelos familiares, se dejaría sin protección y sin respuesta a una serie de relaciones afectivas con características que ameritan una regulación específica" **(24)**.

Zannoni y Bossert consideraron oportunamente que "el derecho de familia debe replantear profundamente su efectividad, tradicionalmente asentada en normas imperativas, para lograr un adecuado equilibrio entre la preservación del interés familiar, que presupone un modelo de familia, y el pluralismo social que muestra diferentes comportamientos determinados por distintos modos de realizar los fines familiares" **(25)**.

Entrando ya de plano en el fallo que nos ocupa, y referido a uno de los tópicos allí abordados, como lo representa la fijación de cuota alimentaria para hijo menor no reconocido voluntariamente, devenida de la responsabilidad parental en la legislación civil y comercial unificada, podemos observar lo que seguidamente describiremos.

VII. Responsabilidad parental

Recordemos que la patria potestad proviene del derecho romano, definiéndola como la potestas del *pater familiae*. El legislador del Código Civil original plasmó normativamente la idea general sobre la función paterno-filial imperante en esa época. Esta terminología debió ir actualizándose y adaptándose a los tiempos modernos. Las exigencias conceptuales actuales han llevado a que en el trayecto descripto de la idea de patria potestad concebida como poder absoluto en el derecho romano, sea considerada en el derecho contemporáneo como función social.

(24) SC Buenos Aires, "N., M. D. y otra s/ adopción plena", LLBA 2012 (junio), 534, del voto del Dr. Lázzari.

(25) BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A., "Manual de derecho de familia", Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 12.

La ley 23.849 sobre la Convención de los Derechos del Niño, internalizada por nuestra Carta Magna, contempla numerosas disposiciones relacionadas con las funciones paterno-filiales (arts. 7°, 8° y 9°), donde se especifica que los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de comunidad, encargados de impartirle al niño, dirección y orientación apropiadas para que ejerza los derechos reconocidos en la Convención (art. 5º de la mentada convención).

Comparativamente, el vocablo "patria potestad", terminología de raigambre romanista, como dijéramos precedentemente, añejada, propia de la tradición jurídica latina, hispánica y latinoamericana; respecto de la "responsabilidad parental", que deviene de la tradición inglesa y anglosajona, marcan, además de su origen diferente, otros enfoques diferenciados.

Mientras la primera refiere a un concepto jurídico entendido como una potestad-servicio, la nueva terminología se transforma en un vocablo que privilegia, bien o mal, la autonomía relacional de los adultos en cuanto a los menores, debiendo estos amoldarse a tal cambio.

Se podría aseverar que si bien en el derecho comparado la terminología "responsabilidad parental" o "autoridad parental", hace especial referencia al sostenimiento de la familia, con marcada subsidiaridad del Estado. En nuestro derecho podríamos afirmar, sin titubear que se le ha dado más beligerancia a la autoridad judicial que a la potestad paternal.

La ley 26.061 sobre Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes y varias legislaciones locales receptan de manera genérica la expresión "responsabilidad familiar" al regular los derechos y deberes de los padres, todo lo cual justifica su incorporación al nuevo código unificado.

VII.1. Interés superior del niño

El art. 3º de la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26061/05), preceptúa por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley: Debiéndose respetar:

a. Su condición de sujetos de derecho.

b. El derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta.

c. El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural.

d. Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.

e. El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común.

f. Su centro de vida: entendiendo por tal al lugar donde hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige para lo concerniente a la patria potestad o responsabilidad parental, ajustadas a su ejercicio, filiación, restitución, adopción, emancipación, y toda circunstancia vinculada a las anteriores, cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

En caso de conflicto de derechos e intereses, siempre prevalecerán estos por sobre todos, aunque también esos otros resulten legítimos.

La Suprema Corte de Buenos Aires ha definido el interés superior del niño como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y bienes de un menor dado, entre ellos el que más conviene a una circunstancia histórica determinada, analizando en concreto, en materia de menores, todo está signado por la provisoriedad. Lo que hoy resulta conveniente, mañana puede no serlo y, a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno, puede en el futuro transformarse en algo pertinente.

La responsabilidad parental entraña un amplio espectro de conductas que la ley espera de los padres para el cumplimiento de la finalidad reconocida a la institución más importante que hace a la protección de la minoridad.

Fluye la consideración de ver al menor como verdadero sujeto de derechos y no como un objeto; por lo que deviene en que las opiniones del

niño, como las del adolescente, no pueden verse reemplazadas por los de sus progenitores o representantes legales.

Hoy padres e hijos se encuentran en paridad o igualdad de condiciones, limitándose estos últimos a cumplir con todas las funciones que la ley les acuerda con miras a la protección y desarrollo integral de los menores.

En consonancia con la condición de personas autónomas, los hijos pueden ejercer los derechos cuya titularidad detentan en función de sus competencias, reiterando, limitándose los padres a ejercer sus deberes-derechos respetando y acompañando a los hijos durante las distintas etapas de su desarrollo. La dinámica de ese vínculo se corresponde como responsabilidad parental o autoridad parental, los cuales refieren a la función que ejercen los padres en beneficio de sus hijos.

El capítulo 5º del Código Civil y Comercial describe los deberes y derechos de los progenitores.

Circunscribiéndonos a la cuestión que nos ocupa sobre alimentos para hijos menores, en el art. 658 dispone como regla general:

"Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos.

"La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintiún años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo".

La idea central hace al amplio espectro de conductas positivas que se aguarda de los progenitores en lo que respecta a sus hijos menores, con la finalidad de dar cumplimiento a los deberes reconocidos en la más importante institución dedicada a la minoridad y su consiguiente protección.

Refiere a cuestiones de vital importancia en la vida del niño, que deberíamos enunciar como deber asistencial integral; haciendo especial alusión a los alimentos y a la educación.

Es dable aclarar que los progenitores tienen el deber de alimentar y educar a sus hijos de conformidad a sus recursos.

Alimentos: este deber asistencial, como ya mencionáramos, corresponde a ambos progenitores, con total independencia de quien tenga a su cargo el cuidado personal del hijo. En lo que hace a la obligación alimentaria y su correlativa responsabilidad paterna, conlleva una particularidad peculiar.

Dicha particularidad radica en que el menor no debe demostrar su estado de necesidad para poder acceder a los alimentos, como sí sucede en el pedimento alimentario entre parientes en general.

Por otro lado, es destacable que la obligación alimentaria persiste hasta los 21 años de edad; no obstante lograrse la mayoría a los 18 años.

Deja a cargo del alimentante el poder probar y demostrar que el alimentado, ya mayor de edad, cuenta con recursos propios como para poder procurárselos.

Educación: comprende, junto con los alimentos, otra de las concreciones del derecho asistencial de los progenitores, conformando una pléyade de aspectos de índole moral como material.

Este aspecto estaría focalizado en la debida atención y solícita formación integral de los hijos por parte de sus progenitores.

Es sabido que, si bien los padres han de esforzarse para ofrecerles a sus hijos una buena educación, es innegable la delegación de las tareas de instrucción en entidades públicas o privadas, promoviendo la educación integral de sus hijos.

La Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (26.061), coadyuvando con las presentes disposiciones prescribe, en el art. 15: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la educación pública y gratuita, atendiendo a su desarrollo integral, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía, su formación para la convivencia democrática y el trabajo, respetando su identidad cultural y lengua de origen, su libertad de creación y el desarrollo máximo de sus competencias individuales, fortaleciendo los valores de solidaridad, respeto por los derechos humanos,

tolerancia, identidad cultural y conservación del ambiente...".

A su vez el art. 659 del Cód. Civ. y Com. dispone el contenido de la obligación de alimentos, prescribiendo la comprensión y la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado.

La explicación del apartado que nos convoca otorga una explicación sumamente explícita. Coloca en el tapete "la amplitud comprensiva del deber alimentario".

Este deber de asistencia al que hace referencia, responde a los modernos cánones en que no bastan los requerimientos educacionales, sino que forma una integralidad junto al derecho de distracción, de los que deben gozar los menores coincide con la concepción de la formación integral de los hijos, en su aspecto psíquico y físico, resultando todo ello relevante.

La obligación de los padres sujetos a los deberes-derechos de la responsabilidad parental no nace del parentesco, sino del deber de crianza y educación que pesa sobre ellos.

El articulado dispone un precepto un tanto llamativo al estimar que entre las clásicas cuestiones que deben ser atendidas por los padres, en cuanto las necesidades de los hijos, también les corresponde enfrentar "los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio".

Al mismo tiempo el art. 661 de igual digesto normativo describe la legitimación para proceder a solicitar alimentos ante el incumplimiento del obligado, pudiendo incoar la acción correspondiente:

a. el otro progenitor en representación del hijo;

b. el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada;

c. subsidiariamente, cualquiera de los parientes o el Ministerio Público.

El común denominador de estas acciones, hasta el momento, es su iniciación por parte de las progenitoras convivientes con el menor, en su representación, contra el progenitor en casi todos los casos masculinos.

Es atendible que cuando el artículo menciona al Ministerio Público, refiere a una representación complementaria, por lo que no importa una verdadera representación del menor, no actúa en su nombre y por su cuenta, sino que desarrolla una función de asistencia del verdadero representante.

A su vez el art. 662 del cuerpo legal premencionado reza: "El progenitor que convive con el hijo mayor de edad tiene legitimación para obtener la contribución del otro hasta que el hijo cumpla veintiún años. Puede iniciar el juicio alimentario o, en su caso, continuar el proceso promovido durante la minoría de edad del hijo para que el juez determine la cuota que corresponde al otro progenitor. Tiene derecho a cobrar y administrar las cuotas alimentarias devengadas".

La mentada cuota alimentaria para hacer frente a las necesidades y quehaceres propios del hijo, pueden ser acordadas entre ambos progenitores, y en caso de no poder concretarse de ese modo, quedará en manos del juez interviniente la fijación del monto de acuerdo a las necesidades del hijo y a las disponibilidades del alimentante debidamente comprobadas.

La Convención sobre los Derechos del Niño prescribe en su art. 27 que a los padres u otras personas encargadas del menor les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

A partir de la reforma del año 1994 de la Constitución Nacional, al incorporarse los Tratados Internacionales, (art. 75, inc. 22), los que, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional (art. 31) no derogan artículo alguno de la primera parte de nuestra Carta Magna y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Insistimos, la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 1° prescribe el derecho a la

vida; arts. 7° y 8°: derecho a la identidad; art. 23: derecho a la dignidad, priorizando siempre el interés superior del niño. Es dable citar también la ley 26.061 de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes en su art. 8°: derecho a la vida; art. 9°, dignidad e integridad personal; art. 11, derecho a la identidad; art. 22, derecho a la dignidad.

El Código Civil y Comercial armoniza con los tratados que nuestra constitución recepta, así cuando el Congreso de la Nación sancionó la ley 23.849, Convención sobre los Derechos del Niño, en el art. 2º formuló "reservas" y "declaraciones". Una reserva que cualquier Estado hace lo que produce es su no aplicación al derecho interno. En cambio, una declaración consiste en que el Estado elabora una definición en algún tema que ese instrumento deja abierto a la consideración de cada Estado. El art. 1º de la mentada Convención, dice expresamente: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Nuestro país formuló una declaración a dicho artículo. En efecto, en el art. 2º de la mencionada ley preceptúa la definición de niño/a, delimitando el comienzo de su existencia, en tal sentido la Argentina declara que se entiendo por niño "todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad...".

La ley 26.061 de protección integral de los menores sostiene en su art. 1º el objeto de esta ley: la "protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes... para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte", mientras el art. 8º da comienzo al título sobre principios, derechos y garantías al establecer el derecho a la vida, a su disfrute, protección y obtención de una buena calidad de vida.

Actualmente el derecho descansa en tres valores fundamentales: la dignidad, la autonomía y la inviolabilidad de la persona, no permitiendo su análisis si no se parte del derecho a la vida, puesto que se trata, como ya manifestáramos, del derecho básico y rector que la persona posee, vinculándoselo con la autonomía, consistiendo esta última en la posibilidad de tomar decisiones propias en las distintas áreas de la vida. En caso de colisión irremediable, debe anteponerse siempre el derecho a la vida y a la integridad personal, dado su carácter esencial y fundante. Más aun tratándose de niños —recuérdese: "todo ser humano desde el momento de su concepción..."— cuyo interés superior debe considerarse primordial en virtud de lo dispuesto por el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La importancia que tiene para toda persona el conocimiento de sus orígenes implica admitir implícitamente en el ámbito civil el derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica de la persona (filiatoria y genética), siendo tratado en el art. 563 del Código recientemente promulgado.

VIII. Principios procesales destacados en materia de procesos de familia

Los principios procesales se plantean como disposiciones generales aplicables a todos los procesos de familia, sin perjuicio de su replicación en otros preceptos.

Los que se enuncian expresamente son los de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente (art. 706, párr. 1º); seguidamente incorpora, como criterio propio del ámbito que nos ocupa, el principio de libertad y flexibilidad probatoria (arts. 709 y 710). Nos ocuparemos brevemente de cada uno de ellos.

VIII.1. Tutela judicial efectiva

La tutela judicial efectiva encuentra reconocimiento en los arts. 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Comprende la garantía de acceso a la justicia y se complementa con los principios de concentración y celeridad, que derivan del principio de economía procesal aspecto también vinculado a la necesaria disminución de los gastos del proceso. Implica la existencia de un juez independiente, imparcial y preconstituido por la ley (art. 18, CN), con respeto del derecho de defensa en igualdad de oportunidades que la contraria (art. 16, CN) y que culmine con una sentencia razonablemente fundada dictada en un plazo razonable.

Asimismo, la noción alude a las herramientas procesales necesarias y proporcionadas para garantizar el efectivo cumplimiento de las resoluciones judiciales.

VIII.2. Inmediación y personalidad: oralidad

El principio de inmediación involucra el de personalidad. Se plasma en diversas normas especiales que concretan una necesaria oralidad.

La inmediación, supone el contacto directo entre juez, partes y órganos de prueba, lo que es fundamental en la materia. Este principio sugiere la oralidad como sistema. Sin embargo, aun en los tipos escritos deben existir momentos de oralidad, a fin de concretar el mandato de que el juez escuche directamente a los involucrados. La oralidad de que se trata supone el ejercicio de la facultad judicial de citar a las partes, aunque no implica que lo sean todos los sistemas pues estos nunca son puramente orales o escriturales.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado la importancia de este principio; ha señalado que, cuando se debaten cuestiones referidas a menores, debe favorecerse un contacto directo y personal del órgano judicial con estos y que la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor inmediación del juez con la situación de aquellos. En estos momentos de aislamiento resulta muy valedero, como lo considerado en el caso en análisis, el uso de los medios tecnológicos y las audiencias virtuales para avanzar en la causa.

VIII.3. Solución pacífica del conflicto familiar (art. 706, párr. 2º).

De este postulado deriva el principio procesal de conciliación y reconoce la trascendencia de la mediación como forma alternativa de encontrar una solución pacífica. Hemos destacado que la inmediación, que se predica en el diseño postulado, torna posible que el órgano jurisdiccional facilite el consenso en los procesos que involucran cuestiones de familia.

La conciliación como facultad de los jueces de fijar audiencias para promover avenimientos o transacciones está prevista.

Las soluciones consensuadas dan más alternativas de cumplimiento espontáneo; con igual propósito podría recurrirse a las técnicas de mediación. Ambas modalidades pueden referirse a la totalidad de los aspectos controvertidos o solo algunas cuestiones.

La recepción de los principios referidos responde a la recomendación del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, según se concluyera al punto 2 en la comisión respectiva y a las Reglas de Brasil.

VIII.4. Principios de buena fe y lealtad procesal

Los principios de buena fe y lealtad procesal se incluyen en el de moralidad y deben imperar no solo en las relaciones procesales, evitando el abuso del proceso, y en las nacidas del derecho de fondo que destaca que los derechos deben ser ejercidos de buena fe y en forma regular. Estos deberes jurídicos pesan sobre las partes y que el juez previniendo y sancionando todo acto contrario al principio de moralidad. De ellos derivan nuevas formulaciones, tales como la de solidaridad y cooperación con el tribunal, los que se han destacado ya en la valoración de la conducta del demandado cuando es renuente a practicarse las pruebas biológicas en los juicios de filiación.

Este principio comprende la valoración de la conducta procesal de las partes en el juicio, como lo señalan los códigos procesales, e insta a que se evalúe el desempeño de los involucrados en sus roles familiares.

VIII.5. Principio de oficiosidad

El principio de oficiosidad, meramente enunciado en el art. 706 del Cód. Civ. y Com., se explicita en el art. 709 de igual digesto. Esta norma establece que en los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente y que ello no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces. Ello supone que las causas se impulsan oficiosamente, se puede colectar prueba de oficio y, dictar, en determinados casos medidas urgentes. Asimismo, las medidas provisionales relativas a la persona pueden ser dispuestas sin petición de parte.

La idea de un juez director del trámite encuentra su correlato en materia de acciones de estado

en las que se encuentra comprometido el orden público, tal como acontece en las acciones de filiación.

La norma reconoce al juzgador la potestad de ordenar de oficio pruebas trascendentes en este ámbito. Es dable advertir que esta amplitud alcanza solo a aquellos asuntos que exceden el mero interés particular de las partes. Por ello también se establece la actividad oficiosa en las normas que se refieren a las pruebas biológicas y las referidas al juicio de adopción, ya que se autoriza expresamente a que este juicio pueda ser iniciado de oficio (art. 616, Cód. Civ. y Com.). Es dable advertir que el nuevo texto reconoce, además, otras situaciones en las que el juez de familia puede actuar oficiosamente. Así, puede promover lo que corresponda cuando tenga noticia de un hecho que motive la apertura de una tutela (art. 111); en materia de alimentos, puede imponer al obligado incumplidor medidas razonables para asegurar la eficacia de la resolución y también puede hacerlo ante la reiteración de incumplimiento en el régimen de comunicación (arts. 553 y 557); si quien pretende acceder al expediente de guarda y adopción es un menor de edad que procura ejercer su derecho a conocer su historia de origen, el juez actuante puede, de oficio, dar intervención a los equipos técnicos (art. 596).

Esta amplitud de poderes del juez se limita cuando se trata de asuntos de naturaleza exclusivamente económica en las que las partes sean personas capaces, según reza la norma que comentamos.

VIII.6. Principio de reserva

El Código Civil y Comercial enuncia, en el art. 708, el tradicional principio de reserva como acceso limitado al expediente. Ello así ya que en el conflicto familiar es fundamental preservar la intimidad de los involucrados.

La reserva de las actuaciones que debe imperar en materia familiar tiene, entonces, especial impacto e importancia en el orden procesal pues constituye una excepción al principio de publicidad de las actuaciones judiciales. Aunque el art. 708 señala que el acceso al expediente en los procesos de familia está limitado a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso, esto debe entenderse extendida a la privacidad de las audiencias y a la consulta del protocolo para preservar efectivamente el derecho que es su fundamento.

En caso de que las actuaciones sean ofrecidas como prueba ante otro juzgado, se debe ordenar su remisión si la finalidad de la petición lo justifica y se garantiza su reserva.

VIII.7. Principio de libertad y amplitud probatoria

El Código actual adopta el principio de libertad y amplitud probatoria que alcanza tanto lo que refiere al objeto a probar como a los medios probatorios, lo que involucra, además, al criterio de flexibilidad y proporcionalidad de la prueba (art. 710). Se advierte, al repasar el texto que nos ocupa, que en diversas instituciones se pone de manifiesto la amplitud con la que pueden probarse los extremos que se invoquen.

Como se advierte que el hecho familia responde a la categoría de los de difícil prueba en numerosas ocasiones, el Código vigente es coherente con los principios repasados, los planteos de la doctrina, lo resuelto en la jurisprudencia y algunos proyectos de códigos de procedimiento.

Se establece que los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos y se faculta al juez a no admitir la declaración de personas menores de edad según las circunstancias del caso (art. 711, Cód. Civ. y Com.). El Poder Ejecutivo agregó un párrafo al precisar: Sin embargo, según las circunstancias, el juez está facultado para no admitir la declaración de parientes que se niegan prestar declaración por motivos fundados.

Asimismo, en consonancia con las prácticas ya establecidas en el procedimiento de familia y dentro de los principios vinculados a la prueba, se recepta la denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas al establecerse que ella recae sobre quien está en mejores condiciones de suministrarla y se dejan de lado los conceptos tradicionales sobre la distribución de la carga de la prueba superando concepciones dispositivas y prioriza el conocimiento de la verdad.

El título VIII del libro II que estamos tratando reconoce las características propias de las acciones de estado de familia; estas se vinculan al orden público ínsito en el estado civil por lo que son imprescriptibles e irrenunciables (art. 712, Cód. Civ. y Com.).

IX. Reglas de competencia

El Código Civil y Comercial explicita reglas de competencia territorial en este título por lo que, al estar contenidas en el código de fondo, se trata de disposiciones aplicables en toda la Nación con la consecuencia de que no es posible admitir una prórroga de jurisdicción.

En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que decidan cuestiones referidas a los niños, niñas y adolescentes se establece que es juez competente el del lugar donde la persona menor tiene su centro de vida (art. 716).

Se responde así a pautas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y sus leyes reglamentarias a nivel nacional (ley 26.061, art. 3°) replicadas en otras provincias, y de lo que ya había sido destacado por la doctrina y la jurisprudencia. Asimismo, el lugar seleccionado posibilita que se concreten otros principios que ya destacamos trascendentes en el debate judicial de los asuntos que involucran a personas menores de edad, tal como los de inmediatez, personalidad y oralidad. Es, además, novedoso en este aspecto que la determinación de la competencia del juez del centro de vida del menor de edad se establezca no solo cuando se trata de un juicio principal sino cuando se trata de modificar lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional, tal como reza la norma que nos ocupa (art. 716, Cód. Civ. y Com.).

Entendemos que la norma se adecua más a la provisoriedad y mutabilidad de las decisiones adoptadas en materia de alimentos, cuidado y comunicación, las que son esencialmente modificables y no producen cosa juzgada material; el mejor juez para ello es el que puede verificar más fácilmente la situación fáctica que rodea al pedido ya que lo que se resuelva debe ajustarse a la cambiante realidad del beneficiario.

En cuanto a la competencia territorial en materia de acciones de filiación debemos remitirnos al art. 581 del Cód. Civ. y Com. Esta norma expresa que cuando las acciones de filiación sean ejercidas por menores de edad o personas con capacidad restringida, es competente el juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida o el del domicilio del demandado a elección del actor.

Cuando se trata de una acción intentada por un mayor de edad la competencia se fija por el domicilio del demandado (art. 720).

La ley 26.378 incorpora a nuestro sistema la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo. A su vez, la ley 26.657 adecua la legislación nacional a los principios y tratados internacionales de derechos humanos de los cuales la República Argentina es parte (por ejemplo, la Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana sobre Discapacidad y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

Las Reglas Básicas que la Cumbre Judicial Iberoamericana (año 2008) elaboró dentro del marco de los trabajos de su XIV edición son referidas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad y se desarrollan los principios recogidos en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada "Una justicia que protege a los más débiles".

Dentro de las Cien Reglas de Brasilia ya citadas se destaca la necesidad de que se adopten medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad y la conveniencia de la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial. Asimismo, se señala la importancia de la actuación interdisciplinaria, mediante equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial.

El Código Civil y Comercial armoniza con los tratados que nuestra constitución recepta, así cuando el Congreso de la Nación sancionó la ley 23.849 Convención sobre los Derechos del Niño, en el art. 2º formuló "reservas" y "declaraciones". Una reserva que cualquier Estado hace lo que produce es su no aplicación al derecho interno. En cambio, una declaración consiste en que el Estado elabora una definición en algún tema que ese instrumento deja abierto a la consideración de cada Estado. Por lo que, como dijéramos precedentemente, art. 1º de la mentada Convención, dice expresamente: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Nuestro país formuló una declaración a dicho artículo. En efecto, en el art. 2º de la mencionada ley preceptúa la definición de niño/a, delimitando el comienzo de su existencia, en tal sentido la Argentina declara que se entiendo por niño "todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad...".

La ley 26.061 de protección integral de los menores sostiene en su art. 1º el objeto de esta ley: la "protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes...para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte", mientras el art. 8º da comienzo al título sobre principios, derechos y garantías al establecer el derecho a la vida, a su disfrute, protección y obtención de una buena calidad de vida.

IX.1. Determinación de la filiación extramatrimonial

"Principio general. Art. 570, Cód. Civ. y Com. La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal".

"Art. 571.- Formas del reconocimiento. La paternidad por reconocimiento del hijo resulta:

"a. de la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente;

"b. de la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido;

"c. de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental".

IX.2. Reconocimiento

El reconocimiento es un acto jurídico mediante el cual una persona declara que otro es su hijo. No obstante, existe parte de la doctrina que no lo considera como tal, sino que le otorgan distinta naturaleza jurídica, sosteniendo que es una confesión, un simple acto lícito, un acto de poder familiar o un acto declarativo.

Es fundamental el otorgamiento del reconocimiento, ya sea voluntario o forzoso para que el hecho biológico trascienda la faz privada para investir a las partes (reconociente y reconocido), del cúmulo de derechos y deberes que surgen de esa relación de índole familiar.

Si bien el artículo recepta variadas formas en que puede efectuarse el reconocimiento, colocando prima facie a todas en paridad de condiciones; estamos en condiciones de considerar que la constitutiva directa de estado de hijo del reconociente es la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas en oportunidad de inscribirse en nacimiento o posteriormente. Las demás formas descriptas en los apartados b, y c., al decir de parte de la doctrina, serían un presupuesto suficiente o expresión de voluntad cierta para la constitución del emplazamiento filial; siendo, al decir de otros, medio de prueba, muchas veces, para hacerlos valer en un juicio de reclamación de estado de hijo.

Por instrumentos públicos debemos considerar escritura pública, acta extra protocolar, acta judicial, actuaciones administrativas. Siendo plenamente eficaces para requerir la posterior inscripción del reconocimiento del hijo en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

A su vez el reconocimiento efectuado en instrumento privado debidamente autenticado tiene la misma relevancia que el instrumento públi-

co, con la salvedad de efectuarse el distingo entre el reconocimiento expreso o incidental, del que surge implícitamente; dependiendo este último de la ulterior acción filiatoria, haciendo valer dicha documentación como medio probatorio.

El valor del reconocimiento realizado a través de testamento hace producir efectos inmediatos, no quedando sujeto a la muerte del reconociente **(26)**.

Para abordar los caracteres del reconocimiento debemos hacer un doble distingo:

1. Caracteres en sí mismos:

a. Irrevocable: la voluntad del reconociente no admite retractaciones. Por lo que, una vez producido el acto de reconocimiento de un hijo, no cabe desdecirse. Resulta relevante este carácter dado que no se lo legitimaría al reconociente a incoar una acción de impugnación de este. Solo le cabría, y demostrando haber sido víctima de alguno de los vicios de la voluntad, tales como error, dolo o violencia, el pedimento de la acción de nulidad del reconocimiento fincada en alguna de dichas causas.

b. Puro y simple: no puede estar sujeto el reconocimiento a condición, cargo o plazo. De haberlo condicionado, caerá dicha condición, manteniéndose incólume el mentado reconocimiento.

c. Unilateral y no recepticio: significando ello que el acto parte y se concreta por la voluntad del reconociente, independientemente de concordar o no con ello el reconocido.

d. Individual: cada progenitor se hace cargo de su manifestación, con total independencia del otro.

2. Caracteres según sus efectos:

a. Declarativo: el reconocimiento es una simple declaración que no hace más que reafirmar una cuestión de índole biológica, retrotrayendo sus efectos a la concepción del reconocido. No obstante, existen actos ya cumplidos que no podrían admitir dicha, dada su naturaleza, la retroactividad.

(26) BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil Argentino, Familia", t. II, p. 712.

IX.3. Estado familiar

El estado de una persona representa la posición que esta ocupa dentro del contexto familiar.

Acción de estado es aquella mediante la cual un sujeto pretende lograr un emplazamiento filiatoria determinado a través de la correspondiente reclamación, o de lo contrario ser desplazado del estado que ostenta.

El artículo en análisis cohonesta con las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño en sus arts. 7º y 8º al hacer hincapié en el derecho del niño a tener un nombre y conocer a sus padres, y su derecho a la identidad, internalizados por el art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna.

IX.4. Pruebas genéticas

"Art. 579 del Cód. Civ. y Com.: En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte".

Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos.

Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente.

Hasta la promulgación del Cód. Civ. y Com., la negatoria a someterse a las pruebas premencionadas se consideraba como indicio en contra del renuente, de acuerdo a lo prescripto por el art. 4º de la ley 23.511 sobre Banco Nacional de datos genéticos: "Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia, la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente".

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por nuestro país por ley 23.849, e incorporada a la Constitución Nacional por la reforma

del año 1994 en su art. 75, inc. 22: "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad... el nombre y las relaciones familiares...". "Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad" (art. 8º, 1 y 2 de la Convención).

Por otro lado el art. 11 de la ley 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, insistimos, determina el derecho a la identidad cuando reza: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son su padres, a la preservación de sus relaciones familiares... Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos y a desarrollarse...".

No obstante, el derecho a preservar la identidad personal como identidad filiatoria o genética es común a toda persona y no solo privativa de los niños.

Como apunta Petracchi (de su voto en disidencia en fallo de la CS, 13/11/90, ED, 141-262), el tener acceso a la identidad reivindicándola es "el derecho del hombre a conocer su origen, su propia génesis, su procedencia, siendo una aspiración connatural al ser humano en lo que está involucrada la dignidad de la persona".

En cuanto al tópico de referencia, la ley 23.264 derogada, y la del código civil unificado, prescriben la no obligatoriedad por parte del demandado a prestarse compulsivamente a las pruebas genéticas, hace que la persona que ha accionado con la motivación más que aceptable del conocimiento de su realidad biológica, pueda tener un fallo a su favor, declarándose su nexo filiatorio con la persona del renuente, pero sin tener la plena convicción de que tal declaración es coincidente con su realidad genética.

Ya fue sostenido por la Corte Suprema de Santa Fe, (19/9/91, LA LEY, 1992-D, 537), que la negativa a someterse a un peritaje, sin consecuencias dañosas, frustra el derecho de toda persona a conocer su identidad y gozar de los derechos que surgen del emplazamiento filial.

El sometimiento a tales pruebas, se ha sostenido, no vulnera el principio de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (art. 18 de la CN), ni conculca los derechos a la intimidad, privacidad, integridad física y autonomía personal.

El segundo párrafo del Código unificado admite la realización, ante la imposibilidad de tomar las pruebas del accionado directo, hacerlo sobre el material genético de parientes hasta el 2º grado, priorizando a los más próximos.

Cabe la acotación de que el artículo en análisis faculta al juez a ordenar las pruebas genéticas de oficio. Se le otorga esta prerrogativa debido a que la verdad biológica trasciende el orden privado, constituyendo un efectivo interés público.

IX.5. Acciones de reclamación de filiación

El art. 582 del Cód. Civ. y Com. describe las reglas generales al respecto estableciendo: "El hijo puede reclamar su filiación matrimonial contra sus progenitores si no resulta de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La acción debe entablarse contra los cónyuges conjuntamente.

"El hijo también puede reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes considere sus progenitores.

"En caso de haber fallecido alguno de los progenitores, la acción se dirige contra sus herederos.

"Estas acciones pueden ser promovidas por el hijo en todo tiempo. Sus herederos pueden continuar la acción iniciada por él o entablarla si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo persona incapaz. Si el hijo fallece antes de transcurrir un año computado desde que alcanzó la mayor edad o la plena capacidad, o durante el primer año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que falte para completar dichos plazos".

El art. 583 del Cód. Civ. y Com. prescribe la acción que corresponde al fallo que nos ocupa al tratar la reclamación en los supuestos de filiación en los que está determinada solo la maternidad.

En todos los casos en que un niño o niña aparezca inscripto solo con filiación materna, el Registro Civil debe comunicar al Ministerio Público, el cual debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. A estos fines, se debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización y paradero. La declaración sobre la identidad del presunto padre debe hacerse bajo juramento; previamente se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa.

Antes de remitir la comunicación al Ministerio Público, el jefe u oficial del Registro Civil debe citar a la madre e informarle sobre los derechos del niño y los correlativos deberes maternos, de conformidad con lo dispuesto en la ley especial. Cumplida esta etapa, las actuaciones se remiten al Ministerio Público para promover acción judicial.

El Código Civil y Comercial prescribe en su art. 585 la presunción de filiación extramatrimonial al establecer, la convivencia de la madre durante la época de la concepción hará presumir el vínculo filial de su hijo con su conviviente. Fija, además, la época de concepción, en los primeros ciento veinte días que surge de la resta del tiempo de duración mínima de embarazo o gestación, ciento ochenta días, al plazo máximo de este, fijado en trescientos días totales.

IX.6. Alimentos provisorios

"Art. 586 del Cód. Civ. Com. Durante el proceso de reclamación de la filiación o incluso antes de su inicio, el juez puede fijar alimentos provisorios contra el presunto progenitor, de conformidad a lo establecido en el Título VII del Libro Segundo".

El art. 664 del mismo Código establece que el hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado. Si la demanda se promueve antes que el juicio de filiación, en la resolución que determina alimentos provisorios el juez debe establecer un plazo para promover dicha acción, bajo apercibimiento de cesar la cuota fijada mientras esa carga esté incumplida.

Resulta muy atinado el agregado del presente artículo al considerar procedentes la fijación por parte del juez de alimentos provisorios a favor del presunto hijo y en contra del demandado no reconociente, antes, o al inicio de la acción de reclamación; de conformidad a lo dispuesto en el título "De la responsabilidad parental".

IX.7. Reparación del daño causado

"Art. 587 del Cód. Civ. y Com. El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código".

Es importante y destacable la inclusión del tópico en tratamiento, al considerar que la falta de reconocimiento de un hijo es reparable, siempre que se encuentren reunidas las exigencias previstas en el articulado pertinente.

La norma cuenta con una marcada innovación al regular la posibilidad que tiene el hijo de plantear la reparación del daño causado por la falta de reconocimiento del progenitor.

Viene a cubrir una laguna legislativa, ampliamente aceptada en doctrina y jurisprudencia locales, al permitir el resarcimiento.

Si bien el reconocimiento es un acto voluntario y unilateral por parte de quien lo efectúa, esas características no implican dejar a su arbitrio, lo que constituye un deber jurídico.

La falta de reconocimiento viola derechos de la personalidad, a la identidad, a tener una filiación, al emplazamiento en un determinado estado civil, concretamente el estado de hijo, reconocido por los tratados internacionales incorporados a nuestra Carta Magna.

Por lo que la negativa al reconocimiento voluntario constituye un hecho antijurídico que sí ocasiona daño, genera responsabilidad civil y el derecho a indemnizar al hijo.

Tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se exige que para que proceda la acción por daños y perjuicios, deben encontrarse reunidos los demás presupuestos generales de la reparación civil: antijuricidad, causalidad, factor de atribución y daño **(27)**.

La jurisprudencia ha admitido el derecho del hijo a la reparación tanto del daño moral como material, existiendo amplitud probatoria.

Para cuantificar la indemnización por daño moral, deben apreciarse las particularidades del caso, tomando como parámetros la edad del hijo, su relación con los demás niños, la escuela a la que concurre, el sufrimiento y el no poder ostentar el apellido del progenitor no reconociente **(28)**.

El otro progenitor tiene la legitimación activa como representante legal del menor para reclamar el resarcimiento del no reconociente, en aplicación analógica de legitimación que se le otorga para interponer la acción de reclamación filiatoria del hijo.

La ley 26.061 sobre protección integral de niñas, niños y adolescentes, en su art. 11 acuerda, brindando el derecho a la identidad que merecen los menores. Aduce que aquellos tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quienes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, y a la cultura de su lugar de origen y preservar su identidad.

Los vínculos entre el derecho del niño y su propia determinación, entendido en el derecho comparado como *self determination*, y los derechos a su personalidad.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce a este como un sujeto de derecho pleno, y al mismo tiempo advierte que es un ser que transita un proceso natural inacabado de constitución de su aparato, psíquico y de incorporación y arraigo de los valores.

Ejemplificativamente podemos hacer alusión al art. 12 al que haremos referencia seguidamente.

Al mismo tiempo es dable citar el art. 14.2: "Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades".

Y a modo final mencionamos el art. 27.2: "A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño".

Los principios dispuestos por el art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, internalizada en nuestra Carta Magna y con rango supraconstitucional (art. 75, inc. 22), cuando reza: "Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño...".

La responsabilidad parental entraña un amplio espectro de conductas que la ley espera de los padres para el cumplimiento de la finalidad reconocida a la institución más importante que hace a la protección de la minoridad.

IX.8. Daño

El art. 1716 del Cód. Civ. y Com. dispone que la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de la ley 26.994.

El artículo siguiente de igual digesto normativo dispone que cualquier acción u omisión que cause un daño a otro es antijurídico salvo justificación.

A su vez el art. 1737 conceptualiza al daño estableciendo que habrá daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el orde-

(27) FLEITAS ORTIZ de ROZAS-ROVEDA, "Manual de Derecho de familia", Lexis Nexis, 2004.

(28) CNCiv., sala G, 13/08/1999, ED 188-706.

namiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

Es importante la consideración del sujeto responsable del daño directo a quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión.

El Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de Santa Fe, reparando en la evolución doctrinaria y jurisprudencial en temas que hacen a la cuestión planteada, ha admitido la indemnización del daño moral, con fundamento en criterios de reparación integral y en el hecho de no existir una prohibición expresa de la pretensión, lo cual habilita, a su criterio, y en la medida de la prueba, el otorgamiento de la indemnización por daño moral.

El fundamento que legitima tal reclamo se encuentra en los preceptos constitucionales de protección de la familia (arts. 14 bis, párr. 3º, CN; 17, 27 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la igualdad de la ley del art. 16, CN y 17 sobre los actos privados de los hombres).

En los tiempos actuales no se puede dejar de reconocer que las familias no son solo las consideradas a comienzos de siglo. Es decir, no se circunscriben a las unidas por el vínculo matrimonial, sino que existen otras formas aceptadas de familia: las uniparentales, las ensambladas, las uniones de hecho, etcétera.

Es interesante lo que manifiesta Bueres respecto del daño moral:

"En el daño moral hay una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de las capacidades de entender, de querer y de sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial".

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha expresado que el daño moral "[e]s la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre como son la paz, la libertad, la tranquilidad, el honor y los más sagrados afectos. Mediante la indemnización del mismo, se reparan las lesiones sufridas en los derechos extramatrimoniales, en los sentimientos que determinan dolor, inquietud espiritual y agravio a la paz".

Desde hace un tiempo existe un criterio que impera en materia de daño que se traduce en la "reparación plena e integral de quien ha sufrido un daño injusto", resultaba tal disposición contradictoria con el derogado art. 1078 del Código Civil y la facultad que establecía el reclamo de daño moral limitado solo a los herederos forzosos.

Tal vez la legislación argentina pecó de insensible, ya que no podía llegar al extremo de desconocer el dolor de quienes no eran normativamente considerados herederos forzosos, viendo también zozobrar su patrimonio espiritual. Hoy zanjado lo antes descripto con lo regulado al art. 1741 del Cód. Civ. y Com. bajo el rótulo Indemnización de las consecuencias no patrimoniales al prescribir: "Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible. La acción se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por este".

El Dr. Galdós, en fallo Plenario de la Cámara de Apelaciones de Azul, se expidió del siguiente modo:

"Debe buscarse un análisis de compatibilidad y armonización entre el texto de la ley y los derechos reconocidos en la Carta Magna. Para cumplir ese cometido, se ha de buscar una interpretación 'valiosa' que atienda a la realidad del precepto y a la voluntad del legislador, en función integradora de esa ley con el ordenamiento jurídico restante y los principios y garantías de la Constitución Nacional y Provincial, reparando en su razonabilidad e inteligencia".

Por otra parte, en el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata consideraron, al hablar oportunamente sobre

otro tópico y su posibilidad de resarcir el daño moral, que "[c]abe determinar que la limitación contemplada en el derogado art. 1078 del Código Civil resulta inaplicable en el particular, por ser lesivo de derechos fundamentales y garantías de raigambre constitucional, como lo son la protección integral de la familia y la igualdad ante la ley...".

Por mucho tiempo, la forma en que la legislación argentina zanjaba la disposición limitativa de legitimación resultaba de tildar al antiguo art. 1078 del Código Civil de inconstitucional, y por tal motivo pedir su declaración.

El planteo que se presentaba ante tal situación era la consideración de si la inconstitucionalidad de la normativa ut supra referida debía ser planteada por las partes o el juez estaba facultado a declararla de oficio.

La tesis tradicional la constituía el pedimento de parte. Sin embargo, antes del 2015, en que se promulgó el Cód. Civ. y Com., se partía del criterio imperante virando hacia la otra tesitura, es decir su declaración de oficio. Precisamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los autos caratulados "Mill de Pereyra y otros c. Provincia de Corrientes" del 27 de septiembre de 2001 recogió este último criterio.

De igual modo resuelve la Corte Suprema de Justicia en "Banco Comercial de Finanzas SA" (Fallos 327:3117).

Estableciéndose:

"a) El control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho. Por tanto, según el principio *iura novit curia*, el juez debe aplicar la norma correcta para decidir la litis, aunque las partes no la hayan impetrado. De enfrentarse ante una norma inconstitucional, así habrá de declarársela, para aplicar la norma adecuada (la Constitución) por sobre la inferior, inconstitucional. b) No hay peligro de desequilibrio de poderes si el Judicial inaplica por sí la norma inconstitucional, porque no se advierte cómo no hay desequilibrio si se realiza petición de parte, y por qué lo hay si se efectiviza sin esa solicitud; c) La presunción de validez de las leyes es *iuris tantum*, y cede cuando el tribunal detecta que ellas son inconstitucionales; d) La Declaración de inconstitucionalidad de oficio no afecta el derecho de defensa en juicio, del mismo modo que ello no se produce cuando un tribunal aplica un precepto no alegado por algún litigante".

Por lo tanto, el art. 1078 del Código Civil fue tenido por inconstitucional por ser violatorio en cuanto a la protección integral de la familia.

Por otro lado, violaba la igualdad en la reparación de los daños, la que como preceptuaba el también derogado art. 1079 del Código precitado, debía ser integral, posibilitando la legitimación activa a todos los damnificados, aunque sea en una forma indirecta.

IX.9. Tratamiento psicológico

Debe existir, procesalmente hablando, en todo recurso de apelación una crítica "concreta y razonada" en la argumentación a fin de demostrar los errores fácticos o jurídicos del fallo. En el caso de marras el agraviante cuestiona la violación del principio de congruencia, ya que el juez de primera instancia habría otorgado una reparación de daño psicológico cuando lo reclamado era tratamiento psicológico. La alzada, refiere al punto que una partida resarcitoria diferente a la efectivamente reconocida, no alcanzan a constituir crítica concreta y razonada (art. 265, Cód. Proc. Civ.).

IX.10. Daño emergente

Consiste en el detrimento en valores económicos ya existentes en el patrimonio a raíz de un hecho ilícito extracontractual o del incumplimiento obligacional.

IX.11. Intereses

Los intereses y los perjuicios sufridos deben comenzar a correr cuando se produce la mora, nace con el daño ocasionado a la víctima el día del hecho produciéndose desde allí la mora y el curso de los intereses.

A modo de síntesis, consideramos muy atinado lo resuelto en el fallo en estudio a cada petición por parte de la accionada y minuciosamente tratado y argumentado por los juzgadores.

DOCTRINA ESENCIAL

Los daños y perjuicios en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Julián Emil Jalil (*)

Sumario: I. Aspectos procesales en materia de reclamación de daños.— II. La prevención del daño.— III. Supuestos especiales de daños resarcibles en la jurisprudencia de la Corte Suprema.— IV. Exoneración de responsabilidad por daños.— V. Las aseguradoras de daños.— VI. Daños resarcibles.

I. Aspectos procesales en materia de reclamación de daños

I.1. Legitimación procesal para reclamar daños

En materia de legitimación procesal corresponde delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos; en todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un "caso" es imprescindible **(1)**.

I.2. Intervención de terceros, traslados, ejercicio del derecho de defensa en juicio y temporalidad del recurso en el proceso de daños

La CS se ha referido a cuestiones procesales en materia de daños (intervención de terceros, traslados, ejercicio del derecho de defensa en juicio y temporalidad del recurso. Así, sostuvo que la sentencia que condenó a la ART citada como tercero en la acción civil por daños de un trabajador debe ser revocada, pues el juzgador modificó los términos en que quedó trabada la litis, ya que el dependiente, en el escrito de inicio, no dedujo demanda contra esta, ni formuló reclamo alguno vinculado con ningún tipo de responsabilidad que pudiera corresponderle, por lo cual resulta inadmisible la imposición de una condena solidaria a partir de la tardía extensión de la pretensión que propuso en oportunidad de expresar agravios de la que ni siquiera se corrió traslado a la aseguradora.

Añadió que, si el monto de la indemnización reconocida a un trabajador por los daños sufridos en un accidente de trabajo fue objeto de un recurso de aclaratoria y el recurso extraordinario se interpuso contra la sentencia definitiva, los agravios expresados resultan extemporáneos por prematuros (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

Dijo que no proceden los planteos de una ART con relación a la estimación de la incapacidad sufrida por el trabajador, puesto que la minusvalía fue determinada en el 8% de la TO en la sentencia de primera instancia y esa conclusión no fue apelada, por lo que se encuentra firme (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

Entendió que la citación de la ART se admitió en el contexto de una acción civil por los daños sufridos por un trabajador y tuvo como pre-

(*) Juez de la Cámara Civil Comercial y Laboral; exjuez en lo civil y comercial de primera instancia; 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) CS, 24/02/2009, "Halabi, Ernesto c. Estado Nacional", SJA del 22/04/2009, 70051373.

supuesto legal la existencia de una controversia común, y, al contestar la citación la recurrente ejerció su derecho de defensa, controvirtiendo, incluso, su eventual responsabilidad; fue tenida por parte, ofreció prueba y quedó incursa en confesión ficta. La sentencia que la condenó, junto con el empleador, a resarcir al dependiente no violó el principio de congruencia, pues es indudable que su calidad procesal colocó a la apelante en igual situación que la demandada y que ejerció en plenitud su derecho de defensa (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

Por último, refirió que, aun cuando existió omisión de correr traslado del escrito de expresión de agravios del trabajador a la ART citada como tercero al pleito, esta no efectuó planteo alguno sobre esa omisión al ser intimada a constituir domicilio electrónico por la Cámara y con el expediente ya radicado ante la instancia extraordinaria, por lo que la invocación con posterioridad a la sentencia resulta extemporánea (del voto en disidencia del Dr. Rosatti) **(2)**.

II. La prevención del daño

Atendiendo al principio general de prevención del daño, es posible reconocer una acción judicial que permita solicitar la eliminación o bloqueo de enlaces a sitios web que resulten claramente lesivos de derechos personalísimos y que también posibilite requerir que, según la tecnología disponible, los "motores de búsqueda" adopten las medidas necesarias para prevenir futuros eventos dañosos, debiendo ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la proporcionalidad y la eficacia en la obtención de la finalidad, que es prevenir la repetición de la difusión de información lesiva, ello porque la libertad de expresión que protege a quienes realizan esta actividad no es incompatible con la responsabilidad civil en su aspecto preventivo **(3)**.

Entendió en ese mismo sentido que todo organizador de un espectáculo público, cualquiera sea el fin que lo motive y aun cuando haya sido gratuito, celebrado en la vía pública y en un espacio abierto, está alcanzado por un deber prestacional de seguridad para con los asistentes, pues el deber de seguridad no se funda solamente en una ley expresa; también puede tener su fuente en la buena fe, que es la confianza creada en el asistente a un espectáculo público de que no sufrirá daños; esta obligación se halla en cabeza de "toda persona" —art. 1710, 1ª parte, Cód. Civ. y Com.— y deviene del principio general del *alterum non laedere* (del voto del Dr. Lorenzetti) **(4)**.

III. Supuestos especiales de daños resarcibles en la jurisprudencia de la Corte Suprema

III.1. Daños causados por cosas riesgosas

Tras la muerte de un joven por electrocución, la madre reclamó una indemnización por daños al Estado Nacional, a la provincia de Corrientes y a una universidad. Fue citado como tercero la empresa donde trabajaba aquel porque al momento de la muerte el causante se encontraba cumpliendo sus obligaciones laborales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la demanda y dispuso:

- Deben responder por el fallecimiento del hijo de la reclamante en oportunidad de efectuar trabajos de reparación con una cosa riesgosa, el Estado Nacional, en calidad de dueño del establecimiento, la provincia de Corrientes por ser la guardiana del bien, y la universidad que se sirve

(2) CS, 28/05/2019, "Fernández, Sergio H. c. Unilever de Argentina SA s/ despido", Fallos 342:867, AR/JUR/24239/2019.

(3) CS, 30/12/2014, "Da Cunha, Virginia c. Yahoo de Argentina SRL y otro s/ daños y perjuicios", LLOnline, AR/JUR/68859/2014 (del voto en disidencia parcial de los Dres. Lorenzetti y Maqueda según su voto en disidencia parcial en "Rodríguez, María Belén c. Google Inc." —28/10/2014; LA LEY 2014-F, 401— al cual remite).

(4) CS, 26/12/2017, "Arregui, Diego M. c. Estado Nacional - PFA - y otros s/ daños y perjuicios", Fallos 340:1940; LA LEY del 08/01/2018, 4; LA LEY 2018-A, 124; LA LEY del 01/02/2018, 11; RCyS 2018-III, 57, con nota de Ramón D. PIZARRO; LA LEY del 05/03/2018, 6, con nota de Ramón D. PIZARRO; LA LEY 2018-A, 459, con nota de Ramón D. PIZARRO; LA LEY del 12/03/2018, 7, con nota de Eduardo L. GREGORINI CLUSELLAS; LA LEY 2018-B, 1, con nota de Eduardo L. GREGORINI CLUSELLAS; LA LEY del 23/04/2018, 6; con nota de Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO; LA LEY 2018-B, 453, con nota de Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, RCyS 2018-V, 55, con nota de Eduardo L. GREGORINI CLUSELLAS; LA LEY del 05/06/2018, 3, con nota de Federico M. ÁLVAREZ LARRONDO; LA LEY 2018-C, 234, con nota de Federico M. ÁLVAREZ LARRONDO, AR/JUR/89981/2017.

del inmueble al desarrollar en el lugar actividad académica y asistencial, pues estos crearon un riesgo del cual se siguió un daño.

- El titular registral no puede exonerarse de responsabilidad civil, aduciendo que ha enajenado el bien a un tercero —en el caso, cesión del uso de parte del Estado Nacional a la provincia de Corrientes—, si no efectuó la inscripción registral correspondiente, ya que esa situación le es inoponible al damnificado.

- Si el edificio donde ocurrió el siniestro que motiva la acción de daños fue cedido a una universidad para su uso —como hospital escuela— la casa de estudios debe responder frente al damnificado, pues es guardián, tanto el que se sirve de la cosa como el que tiene la exigencia de su cuidado de modo indemne para los demás.

- Si el empleador, citado como tercero, no acreditó en la causa haber adoptado las precauciones aptas, ni las medidas adecuadas de protección para prevenir el accidente de trabajo sufrido por su dependiente, debe responder por los daños derivados de su fallecimiento.

- La demanda laboral iniciada por la concubina e hijo menor del causante no impide a su progenitora accionar *iure proprio* por los daños derivados del fallecimiento en sede civil **(5)**.

En otro caso, la CS refirió que deben responder por el fallecimiento del hijo de la reclamante en oportunidad de efectuar trabajos de reparación con una cosa riesgosa, el Estado Nacional, en calidad de dueño del establecimiento, la provincia de Corrientes por ser la guardiana del bien y la Universidad que se sirve del inmueble al desarrollar en el lugar actividad académica y asistencial, pues estos crearon un riesgo del cual se siguió un daño.

Añadió que el titular registral no puede exonerarse de responsabilidad civil, aduciendo que ha enajenado el bien a un tercero —en el caso, cesión del uso de parte del Estado Nacional a la provincia de Corrientes—, si no efectuó la inscripción registral correspondiente, ya que esa situación le es inoponible al damnificado.

Entendió que si el edificio donde ocurrió el siniestro que motiva la acción de daños fue cedido a una universidad para su uso —como hospital escuela— la casa de estudios debe responder frente al damnificado, pues es guardián, tanto el que se sirve de la cosa, como el que tiene la exigencia de su cuidado de modo indemne para los demás.

Señaló que si el empleador, citado como tercero, no acreditó en la causa haber adoptado las precauciones aptas, ni las medidas adecuadas de protección para prevenir el accidente de trabajo sufrido por su dependiente, debe responder por los daños derivados de su fallecimiento **(6)**.

III.2. Daños causados dentro de una vivienda

La sentencia que confirmó el rechazo de la demanda contra un barrio cerrado mantuvo la condena impuesta al contratista, pero revocó el fallo en cuanto había responsabilizado al dueño de la propiedad, es arbitraria, pues al descartar la aplicabilidad del régimen de la construcción respecto del propietario no constructor, lo liberó de todo cargo a quien había sido demandado, como dueño de la vivienda en la que el causante perdió la vida y de la escalera sobre la cual trabajaba al tiempo de accidentarse. Sin embargo, dada la autonomía de la acción prevista en el Código, el *a quo* debió ponderar la viabilidad del reclamo de responsabilidad civil, toda vez que había sido formulado desde el inicio y mantenido al contestar la expresión de agravios **(7)**.

III.3. Mala praxis médica

En cuanto a la competencia la CS, señaló que tratándose de una demanda por indemnización de los daños y perjuicios derivados de una mala praxis médica promovida contra el profesional, una clínica y el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados —PAMI—, resulta de aplicación la doctrina de la "Competencia José Mármol 824 (ocupantes de la finca)"

(5) CS, 14/07/2015, "Meza, Dora c. Provincia de Corrientes y otros s/ daños y perjuicios", RCyS 2015-X, 80; ED 266-18, AR/JUR/24411/2015.

(6) *Ibid.*

(7) CS, 29/10/2020, "F. V., J. A. y otros c. Castelli, Rubén M. y otros s/ indemnización por fallecimiento", LLOnline, AR/JUR/52462/2020.

—CS, Fallos: 341:611, AR/JUR/22298/2018—, y en función de ella, el conflicto de competencia suscitado en la causa entre un magistrado nacional ordinario y uno federal con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debe ser dirimido por esta Corte Suprema **(8)**.

En otro precedente, con relación a la prueba dijo que en los casos en los que se reclaman los perjuicios derivados de la mala praxis médica, corresponde al accionante probar la existencia del daño, la infracción contractual que configura el incumplimiento, la relación de causalidad entre el perjuicio y el incumplimiento y la culpa del infractor, en tanto que, la obligación del galeno con relación a su deber de prestación de hacer es 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 **(9)**.

III.4. Daños a la intimidad causados por la prensa

El artículo publicado por un diario, cuya autoría corresponde en forma exclusiva a un columnista, no es apto para generar la responsabilidad de la empresa propietaria del diario, ni de sus editores. En consecuencia, la decisión apelada que consideró que estos últimos también eran responsables esta publicación, firmada por un colaborador que no mantiene relación de dependencia con la empresa propietaria del periódico constituye una restricción indebida a la libertad de expresión, por lo que debe ser revocada.

Dijo la CS:

- Los argumentos desarrollados para negarse a aplicar en el caso la doctrina "Campillay" —Fallos 308:789; AR/JUR/637/1986— son inadecuados. En la causa ha quedado demostrado que el artículo cuestionado fue escrito y firmado por un columnista y que este último nunca tuvo relación de dependencia con la empresa propietaria del diario, por ello, la "fuente" de la noticia ha quedado plenamente identificada y es contra ella que deben dirigirse los reclamos; porque el hecho de que sea un colaborador habitual del periódico no autoriza a concluir que el medio comparta o haga suyas las opiniones o el contenido del artículo.

- La utilización de la palabra "trucha" en uno de los títulos no importa que el medio periodístico hubiese hecho suyo el contenido de la referida nota. El recurso periodístico del titulado solo apunta a traslucir el contenido de las misivas y no da base alguna para considerar al título como un producto intelectual autónomo, o para atribuir a los dueños de los diarios (o sus directores) una suerte de coautoría del texto publicado, salvo que se presentara una total discordancia entre el título y el contenido de la carta.

- Las opiniones o críticas referidas a operaciones realizadas entre la fundación, la provincia y la actora no superan el nivel de tolerancia que es dable esperar cuando lo cuestionado pertenece a la esfera de actuación pública. No se advierten términos que puedan considerarse epítetos denigrantes, insultos o locuciones que no guarden relación con el sentido crítico del discurso, motivo por el cual tampoco reflejan un ejercicio indebido de la libertad de expresión (del voto de los Dres. Maqueda y Lorenzetti).

- Considerar factible que un periodista firmante pueda ser considerado la fuente identificable que requiere la doctrina "Campillay" —Fallos 308:789; AR/JUR/637/1986— para liberar de responsabilidad al medio gráfico resulta un argumento de riesgo, dado que tendría como posible efecto el incentivo de la autocensura, actitud que justamente se pretende evitar cuando de libertad de prensa y expresión se trata (del voto de los Dres. Maqueda y Lorenzetti).

- No puede considerarse que la frecuencia con que el columnista participa en el medio de prensa (semanal, quincenal, mensual, etc.) configure, sin más, un elemento que inexorablemente conlleve a afirmar la existencia de vinculación ideológica entre este y el periódico, y, en consecuencia, a extender a este último la responsabilidad

(8) CS, 18/06/2020, "P., A. E. c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otros s/ responsabilidad médica", Fallos 343:432, LLOnline, AR/JUR/18891/2020.

(9) CS, 28/09/2004, "Barral de Keller Sarmiento, Graciela H. c. Guevara, Juan Antonio y otros", Fallos 327:3925, LLOnline, AR/JUR/11456/2004.

que pudiera derivarse de la publicación elaborada por aquel (del voto del Dr. Rosatti) **(10)**.

En otro precedente, la Corte Suprema confirmó la condena a un medio de prensa y a varios periodistas por una noticia difundida en un programa de televisión, en relación con el fallecimiento de una niña. El reclamante fue nombrado, sin citar la fuente de la información, como un posible responsable de la muerte de la niña.

El cimero Tribunal precisó:

- Los dichos de varios periodistas en un programa televisivo, relacionando a una persona con la muerte de una niña, no se encuentran protegidos por la doctrina de la Corte Suprema sentada en "Campillay", pues los periodistas atribuyeron la información en forma genérica e indeterminada a "alguien", mención que no opera como fuente en el sentido de la doctrina allí establecida; el medio de comunicación y los profesionales demandados deben responder por los daños causados.

- La doctrina "Campillay" protege a quien atribuye —de modo sincero y sustancialmente fiel— la información a una fuente identificable, utiliza un discurso meramente conjetural que evita formas asertivas o deja en reserva la identidad de las personas a quienes involucra la información difundida, evitando suministrar datos que permitan conducir a su fácil identificación; esto articula un razonable equilibrio entre la fuerte tutela constitucional que recibe la libertad de expresión y la protección de otros derechos individuales que reconocen también fuente constitucional, tales como la dignidad de las personas.

- El medio de comunicación y los periodistas demandados por la difusión de información que relacionó a una persona con la muerte de una niña no puede eximirse de responsabilidad a la luz de la doctrina "Campillay" —Fallos 308:789; AR/JUR/637/1986—, pues esta no protege al medio cuando deja de ser un simple difusor de una información originada en alguna fuente distinta y se transforma en el autor de una información dañosa o agraviante.

(10) CS, 03/12/2019, "García, Stella Marys y otro c. Reyes, Juan José y otros s/ daños y perjuicios", RCyS 2020-II, 102; LA LEY del 19/03/2020; AR/JUR/46070/2019.

- Para que un medio periodístico se exima de responsabilidad por las informaciones difundidas es preciso que atribuya la noticia a una fuente, de modo que la noticia deje de aparecer como originada por el medio periodístico en cuestión; esto transparenta el origen de las informaciones y permite formar un juicio certero sobre la credibilidad de la noticia **(11)**.

En otro caso, en donde un medio gráfico y una empresa de publicidad fueron condenados al pago de una indemnización solidaria por el daño moral derivado de la publicación de un aviso comercial considerado lesivo del honor e imagen de una persona conocida en el ambiente del espectáculo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al conocer en el recurso extraordinario interpuesto por el medio de prensa, revocó parcialmente la sentencia impugnada. Entre los lineamientos más salientes, dijo:

- Si el medio periodístico se limitó a publicar un aviso comercial que ha sido creado y encargado por un tercero perfectamente individualizado, no corresponde efectuar juicio de reproche alguno contra aquel, pues no se condice con el ejercicio de la libertad de expresión imponer al editor la obligación de tener que realizar complejas investigaciones para determinar el carácter dañoso de los avisos que terceros le requieran publicar.

- La razón que justifica la privación de antijuridicidad a la conducta del medio de prensa que publicó un aviso comercial agraviante, realizado por un tercero identificado, radica en que esa reproducción sea fiel y sincera, sin que resulte relevante a tal efecto si el perjuicio se origina por una información inexacta o por juicios de valor que, según los estándares de la Corte Suprema de

(11) CS, 03/10/2017, "Martín, Edgardo H. c. Telearte SA y otros s/ daños y perjuicios", Fallos 340:1364; LA LEY del 23/10/2017, 9; LA LEY 2017-E, 576; *Sup. Const.* 2017 (octubre), 11; LA LEY 2017-E, 654; LA LEY del 14/11/2017, 5, con nota de Emilio A. IBARLUCÍA; LA LEY 2017-F, 141, con nota de Emilio A. IBARLUCÍA; RCyS 2017-XII, 89; LA LEY del 04/12/2017, 12; AR/JUR/69296/2017.

Justicia de la Nación pudieran merecer reproche constitucional **(12)**.

III.5. Daños causados por injurias vertidas por un funcionario público

El Máximo Tribunal Nacional consideró que las manifestaciones de un funcionario público sobre el fiscal de Estado provincial, en el sentido de que conocía irregularidades e ilegalidades que no investigó, que era un defensor del gobierno de turno, grandes intereses corporativos y económicos —de los cuales sería "cómplice" en un "pacto de impunidad"— y que habría estafado a los trabajadores, no constituyen insultos o vejaciones gratuitas aptos para generar responsabilidad, en tanto son opiniones o juicios de valor y no constituyen un insulto o vejación gratuita e injustificada, por lo tanto, están protegidas por la Constitución Nacional.

Asimismo, dijo:

- Cuando las manifestaciones críticas, opiniones y/o juicios de valor se refieran al desempeño y/o conducta de un funcionario o figura pública en el marco de su actividad pública y se inserten en una cuestión de relevancia o interés público, en tanto no contengan epítetos denigrantes, insultos o locuciones injuriantes, o vejatorias y guarden relación con el sentido crítico del discurso, deben ser tolerados por quienes voluntariamente se someten a un escrutinio riguroso sobre su comportamiento y actuación pública por parte de la sociedad y gozan de tutela constitucional.

- Dado que el debate público con relación a las tareas desarrolladas por un funcionario público es indispensable para el desarrollo de la vida republicana y democrática, la Constitución Nacional protege no solamente la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas, sino también aquellas formuladas en tono agresivo, con vehemencia excesiva, dureza o causticidad, o que apelan a expresiones irritantes, ásperas u hostiles, indudablemente molestas para aquel.

- Las expresiones utilizadas por un funcionario público para referirse al desempeño de un fiscal de Estado provincial, en las que prevalecen las opiniones críticas que pusieron de manifiesto un cuestionamiento —ríspido— de su rol como funcionario en temas que comprometían la defensa del erario público, que debe ser entendido como acto derivado del legítimo ejercicio de control de los actos de gobierno, no son aptas, en principio, para generar responsabilidad civil; y el hecho de que pudieran ser consideradas desacertadas, irrazonables y aun en el límite de la mesura, no bastan por sí solas para calificarlas como denigrantes o vejatorias (del voto del Dr. Rosatti).

- Tanto la libertad de expresión, como el derecho al honor o a la reputación personal son reconocidos constitucionalmente; y su inserción en el sistema, que no reconoce derechos absolutos y propicia un equilibrio armónico en su ejercicio, requiere, ante el conflicto o tensión entre ambos, la ponderación del grado de afectación de uno de los bienes en juego; de la importancia de la satisfacción del bien contrario, y si la satisfacción de uno justifica la restricción del otro (del voto del Dr. Rosatti).

- Para determinar en un caso concreto si se protegerá la libre expresión de una persona o el honor de un funcionario público, se presentan como parámetros razonables para una solución justa y equilibrada evaluar las circunstancias concretas en las que las expresiones debatidas se exponen, la mayor o menor virulencia de las locuciones y/o frases utilizadas y el contexto en el que fueron expuestas, su tono humorístico o mordaz, el hecho de afectar al agraviado solo en relación con su comportamiento y desempeño como titular de un cargo público y no en su faceta privada, en la medida en que estos aspectos no resulten relevantes para el debate político, la finalidad de crítica política perseguida, su relevancia pública, y la contribución o no a la formación de la opinión pública libre (del voto del Dr. Rosatti).

- Las críticas efectuadas por el demandado que involucraban a un fiscal de Estado provin-

(12) CS, 20/10/2015, "R., H. c. Primera Red Interactiva de Medios y otro s/ daños y perjuicios", LA LEY del 16/11/2015, 9, con nota de Emilio A. IBARLUCÍA; LA LEY 2015-F, 324, con nota de Emilio A. IBARLUCÍA; ED 265-359; DJ del 27/01/2016, 13; RCyS 2016-II, 180; LA LEY del 22/02/2016, 5, con nota de Sandra M. WIERZBA; LA LEY 2016-A, 405, con nota de Sandra M. WIERZBA, AR/JUR/37761/2015.

cial como "cómplice" de un "pacto de impunidad" en el ejercicio de sus funciones, "estafando a los trabajadores", así como aquellas expresiones que le atribuyeron manifestaciones de mensajes "mafiosos para la sociedad", constituyen expresiones que exceden el marco de protección constitucional para la libertad de expresión y menoscaban el honor y la reputación del funcionario (del voto en disidencia del Dr. Maqueda).

- Si el funcionario demandado involucró a otro en pactos de impunidad, acusándolo de cómplice de una estafa a los trabajadores, de no haber actuado frente a irregularidades que llegaron a su conocimiento y que incluso habrían contado con su anuencia, y de manifestar que "a quien ose pedir un juicio político, él le va a hacer una demanda civil para sacarle dinero" es responsable por el daño al honor de aquel, pues estas constituyen expresiones insultantes que exceden los límites del derecho de crítica y a la libertad de expresión y ofenden la dignidad y decoro del actor (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti).

- Una diligencia por encima de la media debe exigirse a quien peticiona un juicio político respecto de un funcionario público al tiempo de exponer una crítica a su tarea, máxime si se trata de una imputación falsa a quien la sociedad le exige un proceder irreprochable, para asegurar su imparcialidad y para que los justiciables confíen en aquel (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti).

- Cuando se trata de una imputación falsa a un magistrado o funcionario, se genera un daño que debe ser reparado (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti) **(13)**.

En otro precedente en donde tres jueces demandaron para que les fueran indemnizados los daños a ellos causados por declaraciones lesivas a su honor, la Cámara hizo lugar a la acción. Los dichos se habrían producido en entrevistas de radio y de televisión. Interpuesto recurso extraordinario, que al ser denegado dio lugar a la queja, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, declaró inadmisible el remedio federal.

La CS precisó:

- Si bien las expresiones de un abogado con relación al desempeño de tres jueces en una causa penal de trascendencia social tuvieron cierta entidad para afectar la dignidad de aquellos, no se comprobó un ejercicio abusivo por parte del accionado de su derecho a la libertad de expresión, por lo que no generan responsabilidad (del dictamen de la procuradora fiscal que el conjuez Guido Barreiro hace suyo en su voto en disidencia; la Corte Suprema, por mayoría, declaró inadmisible el recurso por aplicación del art. 280, Cód. Proc.).

- El margen de tolerancia de los funcionarios públicos en general y de los jueces en particular, a la crítica de los actos que realizan en el cumplimiento de sus funciones, sin ser irrestricto, debe alcanzar cuando menos expresiones de crítica en casos de relevancia e impacto social (del dictamen de la procuradora fiscal que el conjuez Guido Barreiro hace suyo en su voto en disidencia; la Corte Suprema, por mayoría, declaró inadmisible el recurso por aplicación del art. 280, Cód. Proc.) **(14)**.

III.6. Daños causados por empresas distribuidoras de energía

Un niño que subió a una plataforma de la empresa de energía eléctrica recibió una fuerte descarga que le provocó graves daños. Los cables de una línea de media tensión estaban puestos de manera irregular. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción de daños y la Cámara la revocó. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia impugnada.

La sentencia que rechazó la demanda de daños contra la empresa distribuidora de energía, por las graves lesiones que sufrió un niño al recibir una descarga de tensión al subirse a una plataforma donde había cables colocados de manera

(13) CS, 29/10/2019, "Martínez de Sucre, Virgilio J. c. Martínez, José C. s/ daños y perjuicios", LA LEY del 10/02/2020; *Sup. Const.* 2020 (feb.), 8; LA LEY 2020-A, 230; LA LEY del 26/02/2020, 6, con nota de Andrés GIL DOMÍNGUEZ; RCyS 2020-IV, 79; AR/JUR/36619/2019.

(14) CS, 01/12/2015, "F., R. A. y otros c. M. O., L. s/ daños y perjuicios", LA LEY del 15/03/2016, 10; LA LEY 2016-B, 187; RCyS 2016-VI, 67; ED 266-589, AR/JUR/56647/2015.

irregular es arbitraria, pues el juzgador puso énfasis solo en la conducta del niño, que trepó por un lugar no autorizado, y excluyó la responsabilidad de quien tenía a su cargo la adopción de las medidas necesarias de seguridad para evitar accidentes en el lugar —art. 902, Cód. de Vélez, y arts. 16, ley 24.065, y 25, inc. m), del contrato de concesión **(15)**—.

III.7. Daños producidos en accidentes ferroviarios

Dijo la CS que las causas iniciadas en la Capital Federal que versen sobre acciones civiles y comerciales, relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual, aunque la Nación o sus empresas y entidades autárquicas sean parte, siempre que deriven de accidentes de tránsito, aún ferroviarios, atañen al fuero civil **(16)**.

Señaló que la empresa ferroviaria demandada en una acción de daños depositó el monto de condena debido a la víctima, responsable en forma concurrente por el accidente. La aseguradora objetó el pago en el entendimiento de que debía incluir el proporcional de los intereses y las costas. La Cámara revocó parcialmente la resolución de la instancia anterior que había ordenado a la demandada completar el pago de acuerdo con las cláusulas generales de la póliza. Interpuesto el recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la queja, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia apelada.

Si bien es cierto que la ley 17.418 expresa que la finalidad del seguro de responsabilidad civil consiste en mantener indemne al asegurado —art. 109— y que la garantía del asegurador comprende el pago de los gastos y costas judiciales y extrajudiciales —art. 110, inc. a)—, si el asegurado debe soportar una parte del daño, el asegurador reembolsará los gastos y costas en la misma proporción —art. 111, 2ª parte— **(17)**.

En otro precedente, en donde una pasajera del servicio de transporte ferroviario demandó por los daños sufridos en su ojo izquierdo mientras viajaba en una formación como consecuencia del impacto de una piedra lanzada por un individuo desde fuera del tren, cuya acción fue rechazada con fundamento en el caso fortuito o fuerza mayor, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, dejó sin efecto la sentencia.

Consideró el Máximo Tribunal que el rechazo de la demanda de daños debe ser dejado sin efecto si en el caso no fue motivo de controversia la calidad de pasajera de la reclamante que sufrió lesiones producto de una piedra lanzada desde el exterior, por lo que correspondía a la empresa de transporte demostrar el *casus* o la fuerza mayor para poder interrumpir el nexo causal y exonerarse de responsabilidad, ya que por la obligación de seguridad que le compete debía trasladar al pasajero sano y salvo al lugar de destino, derecho previsto en la Constitución Nacional para los consumidores y usuarios **(18)**.

III.8. Daños causados en eventos públicos

La CS consideró:

- La Comunidad Homosexual Argentina organizó un evento público y gratuito tendiente a difundir una consigna vinculada a la prevención de una enfermedad, durante el cual una persona fue atacada por un grupo y sufrió lesiones que dieron lugar a diversas intervenciones quirúrgicas. La mencionada ONG fue condenada al pago de la indemnización reclamada como organizadora del encuentro. Interpuesto recurso extraordinario y la correspondiente queja ante su denega-

(15) CS, 11/06/2019, "J., J. E. y otros c. Edesur SA s/ daños y perjuicios", SJA del 17/07/2019, 63; RCyS 2019-VIII, 81; LA LEY del 02/10/2019, 6, con nota de Oscar FLORES; LA LEY 2019-E, 231, con nota de Oscar FLORES, AR/JUR/17114/2019.

(16) CS, 08/03/2016, "La Caja Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA c. UGOFE SA s/ varios", LLOnline, AR/JUR/5552/2016 (de la doctrina de la Corte sentada en "Vizcarra, Diego" —15/09/2015— a la cual remite).

(17) CS, 18/11/2015, "Buján, Juan Pablo c. UGOFE LSM y otros s/ daños y perjuicios", DJ del 09/03/2016, 21, con nota de Rubén S. STIGLITZ y María Fabiana COMPIANI; RCyS 2016-VII, 177, con nota de Rubén S. STIGLITZ y María Fabiana COMPIANI, AR/JUR/48696/2015.

(18) CS, 11/12/2014, "Maules, Cecilia V. c. Unidad de Gestión Operativa de Emergencias SA s/ daños y perjuicios", LA LEY del 18/02/2015, 9, con nota Edgardo I. SAUX; LA LEY 2015-A, 321, con nota Edgardo I. SAUX, RCyS 2015-III, 59; ED 261-531; RCCyC 2016 (feb.), 308; DJ del 18/05/2016, 29, AR/JUR/67560/2014.

ción, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia apelada.

- La imputación de responsabilidad a una ONG —Comunidad Homosexual Argentina— por las lesiones que sufrió una persona en un espectáculo público organizado por ella es arbitraria, pues se basó en la decisión administrativa —del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires— que autorizó el evento, y de ella surge que las obligaciones que pesaban sobre la asociación se vinculaban con el cuidado del espacio público en el cual se desarrolló y no sobre las personas que concurrirían al encuentro.

- Lo resuelto por la CS en "Mosca" —Fallos 330:563, AR/JUR/102/2007—, con relación a la responsabilidad objetiva del organizador de un espectáculo público es inaplicable en tanto, en el caso, los hechos que dan lugar al reclamo no sucedieron en el marco de un espectáculo deportivo, sino en un recital gratuito celebrado en un espacio abierto y público, con autorización del gobierno local y cuyo objeto era difundir una determinada consigna vinculada con la prevención de una enfermedad.

- La responsabilidad atribuida a una asociación sin fines de lucro por su sola condición de organizadora de una actividad a realizarse en un espacio público podría comprometer el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de reunión consagrados en el art. 14 de la CN, por lo que debe considerarse el examen del relator especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en cuanto destacó que no se debe considerar responsables o exigir cuentas a los organizadores y participantes en las reuniones por el comportamiento ilícito de otras personas, ni se les debe encomendar la responsabilidad de proteger el orden público a ellos, ni al personal encargado de velar por el buen desarrollo de las reuniones (del voto del Dr. Maqueda).

- La atribución de responsabilidad objetiva a una ONG que organizó un espectáculo público sin fines de lucro para la difusión de ideas es descalificable, pues en el caso no se trata de una relación de consumo, porque el sujeto organizador no es un proveedor; y tampoco se inserta en la categoría del art. 2º de la Ley de Defensa del Consumidor y del actual art. 1092 del Cód. Civ. y Com. (del voto del Dr. Lorenzetti).

- Todo organizador de un espectáculo público, cualquiera sea el fin que lo motive y aun cuando haya sido gratuito, celebrado en la vía pública y en un espacio abierto, está alcanzado por un deber prestacional de seguridad para con los asistentes, pues el deber de seguridad no se funda solamente en una ley expresa; también puede tener su fuente en la buena fe, que es la confianza creada en el asistente a un espectáculo público de que no sufrirá daños; esta obligación se halla en cabeza de "toda persona" —art. 1710, 1ª parte, del Cód. Civ. y Com.— y deviene del principio general del *alterum non laedere* (del voto del Dr. Lorenzetti).

- Al deber de seguridad que pesa sobre una ONG sin fines de lucro, como organizadora de un evento cuyo objetivo es reivindicar cuestiones propias de su fin vinculado al bien común, en un espacio abierto y con autorización de la autoridad administrativa, corresponde imputarle un factor de atribución subjetivo y no objetivo, ello en virtud del art. 1068 del Cód. Civ. y Com., cuando dispone que si el contrato —la relación jurídica— es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes (del voto del Dr. Lorenzetti).

- La posible afectación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y del derecho de reunión tiene influencia para determinar el grado de extensión de la obligación de seguridad en cabeza del organizador, pues una regla que impusiera obligaciones gravosas en los actos organizados en espacios abiertos, para la libre expresión de las ideas, podría tener consecuencias que limiten ese derecho, máxime cuando quien organiza el evento es una minoría excluida y estigmatizada (del voto del Dr. Lorenzetti) **(19)**.

III.9. Daños causados por los motores de búsqueda de internet

Una modelo promovió demanda contra dos buscadores de internet por haber utilizado, co-

(19) CS, 26/12/2017, "Arregui, Diego M. c. Estado Nacional - PFA - y otros s/ daños y perjuicios", cit.

mercialmente y sin autorización, su imagen, vinculándola a sitios eróticos y/o pornográficos. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda. Apelado el fallo, la Cámara lo revocó parcialmente en relación con uno de los demandados y redujo la indemnización de debía abonar el otro. Ambas partes interpusieron sendos recursos extraordinarios. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, rechazó la demanda.

La sentencia que responsabilizó a un buscador de internet por la existencia en sus bases de *thumbnails* con imágenes de una modelo vinculada a sitios de contenido erótico y/o pornográfico, con fundamento en que para su aparición debía de haber requerido el consentimiento de aquella, debe ser revocada, pues consideró directamente aplicable la prohibición contenida en el art. 31 de la ley 11.723, sin reparar en que no se juzgaba la responsabilidad atribuible a una página de internet por la indebida publicación o reproducción de imágenes, sino a un mero intermediario cuya única función es servir de enlace con aquella.

Añadió el fallo:

- Los "motores de búsqueda" de internet responden civilmente por el contenido que les es ajeno, de acuerdo con el art. 1109 del Cód. Civil —responsabilidad subjetiva—, es decir, cuando han tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente.

- A los efectos del efectivo conocimiento requerido para responsabilizar en forma subjetiva a un "buscador" de internet por los contenidos que le son ajenos, si la naturaleza ilícita —civil o penal— de estos es palmaria y resulta directamente de consultar la página web, basta con una comunicación fehaciente del damnificado o, según el caso, de cualquier persona, sin requerir ninguna otra valoración ni esclarecimiento; pero, en los casos en que el contenido dañoso importe eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza, que exijan un esclarecimiento en sede judicial o administrativa, corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente.

- La sentencia que dejó sin efecto el pronunciamiento que dispuso la eliminación definitiva de las vinculaciones del nombre, la imagen y las fotografías de una modelo con sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico a través del buscador de Internet demandado, para que no puedan ser utilizadas en el futuro, debe ser confirmada, pues toda restricción en la materia tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad, y la recurrente no ha invocado que se justifique, en el caso, apartarse de esta doctrina.

- El derecho a expresarse a través de internet fomenta la libertad de expresión tanto en su faz individual como colectiva; concretando el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar —o no— sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc., en su faz individual, y constituyendo un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública, en su faz colectiva.

- La sentencia que responsabilizó a un buscador de Internet por la existencia en sus bases de *thumbnails* con imágenes de una modelo vinculadas a sitios de contenido erótico y/o pornográfico, con fundamento en que para su aparición debió requerir el consentimiento de aquella debe ser confirmada, pues en el derecho argentino vigente es ineludible acudir al art. 31 de la ley 11.723 de Propiedad Intelectual, que establece claramente esa exigencia (del voto en disidencia parcial de los Dres. Lorenzetti y Maqueda).

- La actividad desplegada por los motores de búsqueda no es calificada como riesgosa, a los fines de atribuirle responsabilidad objetiva, pues la mera actividad de indexar los contenidos publicados por terceros para ser ofrecidos a los usuarios del servicio de un buscador, se encuentra dentro del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y la difusión de información, conformando una actividad lícita que no produce, por sí misma, ningún riesgo para terceros; ni en el Código Civil y Comercial de la Nación —sancionado por la ley 26.994— puede fundarse una calificación así (del voto en disidencia parcial de los Dres. Lorenzetti y Maqueda).

- La modelo que demandó a un buscador de internet en el cual su imagen aparecía ligada a sitios web de contenido sexual, erótico y pornográfico tiene derecho a solicitar que se elimine de las bases aquellas vinculaciones entre su persona y las páginas referidas que haya identificado en

forma precisa, comprobado el daño que la vinculación ocasiona, pues esto constituye un tipo de reparación ulterior, autónoma de la resarcitoria, que evita toda generalización que pueda afectar la libre circulación de ideas, mensajes o imágenes y con ello, la garantía constitucional de la libertad de expresión (del voto en disidencia parcial de los Dres. Lorenzetti y Maqueda).

- Atendiendo al principio general de prevención del daño, es posible reconocer una acción judicial que permita solicitar la eliminación o bloqueo de enlaces a sitios web que resulten claramente lesivos de derechos personalísimos y que también posibilite requerir que, según la tecnología disponible, los "motores de búsqueda" adopten las medidas necesarias para prevenir futuros eventos dañosos, debiendo ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la proporcionalidad y la eficacia en la obtención de la finalidad, que es prevenir la repetición de la difusión de información lesiva, ello porque la libertad de expresión que protege a quienes realizan esta actividad no es incompatible con la responsabilidad civil en su aspecto preventivo (del voto en disidencia parcial de los Dres. Lorenzetti y Maqueda) **(20)**.

En otro precedente se precisó que el rechazo de la apelación interpuesta contra la sentencia que ordenó a un buscador de internet tomar las medidas necesarias para eliminar y bloquear de sus patrones de búsqueda "toda referencia que permita hallar información que vincule a la accionante con cualquier sitio y URL de contenido pornográfico y/o erótico y/o sexual, y el cese en su publicación y/o incorporación en los criterios de búsqueda" debe ser dejado sin efecto, pues el juzgador no atendió el agravio relativo al alcance general de la medida que la tornaba de cumplimiento imposible y podía afectar derechos de terceros, más allá de que le imponía a aquel la obligación de monitorear la red en forma constante con el objeto de que no se vinculara a la demandante con sitios pornográficos **(21)**.

III.10. Daño ambiental

La Corte Nacional sentenció:

- La titular de una parte indivisa de un inmueble situado en los márgenes de arroyo promovió demanda de cese y recomposición de daño ambiental contra una sociedad anónima, concesionaria del Estado Nacional que explota recursos hídricos, el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires, con el objeto de que se realicen las tareas de dragado del arroyo, a los efectos de eliminar la obstrucción total que lo afecta, de profundizarlo y ensancharlo. Asimismo, solicitó producir prueba anticipada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que la causa corresponde a la competencia originaria y no hizo lugar a lo solicitado.

- La demanda de daño ambiental contra una concesionaria del Estado Nacional que explota recursos hídricos, el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires, con el objeto de que se realicen las tareas de dragado en un arroyo para eliminar la obstrucción total que lo afecta, corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema —arts. 117, CN, y 7º, Ley General del Ambiente—, pues la acumulación de material sedimentario exigirá que tanto el Estado Nacional como la Provincia de Buenos Aires, en ejercicio del poder de policía en materia ambiental que les corresponde en el lugar en que se realiza la actividad que generaría el daño denunciado y en el recurso que efectivamente lo sufre, lleven a cabo los actos necesarios para lograr el cese de aquel y la recomposición.

- El pedido de producir anticipadamente la prueba ofrecida de la demanda de daño ambiental interpuesta debe ser rechazado, si la accionante no acreditó que se configuren razones de urgencia que justifiquen su admisión, en la medida en que el supuesto riesgo que se invoca, esto

(20) CS, 28/10/2014, "Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios", Fallos 337:1174, ED 260-176; *Sup. Const.* 2014 (nov.), 65, con nota de Christian A. CAO; LA LEY 2014-F, 401, con nota de Christian A. CAO, RCyS 2014-XII, 76; DFyP 2014 (dic.), 135, con nota de Andrés GIL DOMÍNGUEZ; LA LEY del 05/11/2014, 145, con notas de Marcela I. BASTERRA; Guillermo J. BORDA y Carlos PEREIRA (h.); Pablo A. PALAZZI y Fernando TOMEO; DJ del 04/02/2015, 7, con notas de Hugo A. VANINETTI, Ezequiel María ZABALE y Guillermo BELTRAMONE y Ricardo A. GONZÁLEZ ZÜND; RCCyC 2015 (julio), 170, AR/JUR/50173/2014.

(21) CS, 04/12/2018, "C. Z., M. c. Google Argentina SRL y otros s/ daños y perjuicios", Fallos 341:1844; LA LEY del 26/12/2018, 10; LA LEY 2018-F, 463; *Sup. Const.* 2019 (feb.), 11; LA LEY 2019-A, 117; LA LEY del 06/02/2019, 12; RCyS 2019-III, 64; AR/JUR/65387/2018.

es, la eventual destrucción o extravío de la documentación que se encuentra en poder de las demandadas, es conjetural e hipotético.

- Si la provincia de Buenos Aires codemandada en una acción de daño ambiental no participa en la actividad generadora del daño, que sería producto del dragado desplegado por una concesionaria del Estado Nacional, aun cuando en el caso puedan encontrarse configurados los extremos exigidos por el art. 7º, 2ª parte, de la ley 25.675 para habilitar la jurisdicción de los tribunales nacionales, la causa no corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (del voto en disidencia de las Dras. Highton de Nolasco y Argibay) **(22)**.

III.11. Daños por intromisión en la vida privada

Se interpuso demanda por daños ocasionados a la vida privada presentada por la familia de un empresario fallecido, mediante la publicación de información falsa sobre las causas de la muerte de aquel, padre y cónyuge de los demandantes, colocándolo bajo la apariencia de un suicida. La publicación fue realizada por un periodista en un libro de su autoría, en el marco de la investigación acerca de la creación, fundación y crecimiento de un medio gráfico de comunicación social de alcance nacional. La sentencia de Cámara, al revocar la decisión de grado, condenó al periodista a resarcir el daño moral de la familia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, revocó el fallo impugnado.

La CS dijo que la sentencia que condenó a un periodista a resarcir el daño moral de los hijos y cónyuge de un empresario que fue identificado en un libro de su autoría como suicida debe ser revocada, pues el *a quo* soslayó el examen constitucional que el caso exigía y que fue invocado por el demandado durante todo el pleito con el objeto de demostrar que la afirmación errónea publicada merecía inmunidad de conformidad con los términos de la doctrina de la real malicia, sin atender a las pautas que la Corte Suprema determinó al interpretar la libertad de expresión y prensa establecida en el art. 14 de la CN **(23)**.

III.12. Daños causados por el Estado

Fue promovida demanda de daños y perjuicios a raíz del fallecimiento de un consultor contratado por el Estado Nacional durante el viaje en el que acompañaba a la comitiva oficial del canciller argentino. Se produjo un accidente cuando el primer secretario de la embajada realizó una maniobra con el automóvil para esquivar a un animal en la ruta. La sentencia de Cámara revocó parcialmente la decisión de grado en cuanto ordenó al Estado pagar una suma de dinero en concepto de remuneraciones no abonadas. Para así decidir consideró que, si bien el causante preparó y ofició un "proyecto", su trabajo no estuvo bajo la subordinación de funcionarios de la Cancillería y que su remuneración como coordinador general estaba sujeta a la aprobación del proyecto, y que como el accidente sucedió antes de esa aprobación, no se concretó esa condición. De todas maneras, confirmó la responsabilidad del Estado. Asimismo, disminuyó los montos otorgados en concepto de daño patrimonial a la esposa y a los hijos del causante, y aplicó el régimen de consolidación de deudas. Contra ese pronunciamiento el Estado Nacional interpuso recurso ordinario de apelación y recurso extraordinario, así como la actora y la defensora oficial interpusieron sendos remedios federales. El rechazo de los recursos extraordinarios deducidos, dieron lugar a las respectivas quejas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la responsabilidad del Estado, y declaró la deserción de los restantes agravios.

La CS entendió que el Estado Nacional es responsable por los daños y perjuicios derivados de la muerte de un consultor contratado durante el viaje en el que acompañaba a la

(22) CS, 10/12/2013, "Nordi, Amneris L. c. Provincia de Buenos Aires s/ daño ambiental", LLOnline, AR/JUR/85242/2013.

(23) CS, 13/12/2011, "M., L. F. y otros c. M., L. M. s/ daños y perjuicios", RCyS 2012-I, 61; LA LEY del 28/12/2011, 11; LA LEY del 23/02/2012, 6, con nota de Alejandro H. SPESSOT; LA LEY 2012-A, 483, con nota de Alejandro H. SPESSOT; LA LEY del 23/03/2012, 6, con nota de Jorge A. DIEGUES; LA LEY 2012-B, 292, con nota de Jorge A. DIEGUES; DJ 11/04/2012, 21, con nota de Gregorio BADENI; *Sup. Const.* 2012 (agosto), 37, con nota de Emilio A. IBARLUCÍA; LA LEY 2012-D, 562, con nota de Emilio A. IBARLUCÍA, AR/JUR/78473/2011.

comitiva oficial del canciller, en tanto aquel incurrió en una falta de servicio debido a que las personas que protagonizaron el accidente —conductor, primer secretario de la Embajada y el causante— se encontraban en ejercicio de funciones, ya que formaban parte de esa comitiva el automóvil accidentado estaba afectado como vehículo de apoyo y el funcionario estatal no conducía el vehículo en condiciones adecuadas —ya que este circulaba a una velocidad excesiva que no le permitió realizar la maniobra adecuada frente al cruce de un animal—, acreditándose el daño cierto sufrido por los actores a raíz del fallecimiento del causante y la relación de causalidad adecuada entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue.

Añadió:

- Si se encuentra probado que el cruce de un animal en la ruta no fue la causa de los daños reclamados a raíz de la muerte de una persona contratada por el Estado Nacional —ocurrida durante un viaje en el que acompañaba a la comitiva oficial del canciller argentino—, sino la excesiva velocidad con que el funcionario —primer secretario de la embajada— conducía, y también, que ese funcionario no manipulaba el automóvil en condiciones adecuadas para llevar a destino a los pasajeros del vehículo, cabe concluir que el Estado prestó el servicio en forma irregular en los términos del art. 1112 del Cód. Civil.

- La idea objetiva de responsabilidad del Estado por falta de servicio, por hechos u omisiones.

- Es inaceptable la consolidación, en los términos de la ley 25.344, de la indemnización derivada de la responsabilidad del Estado por la muerte de una persona, por falta de servicio —en el caso, un consultor contratado durante el viaje en el que acompañaba a la comitiva oficial del canciller argentino—, pues, ello equivale a eximir al Estado de su deber de cuidar la vida de los individuos, por cuya existencia debe velar, y dejar sin remedio legal efectivo a los derechohabientes (del voto del Dr. Lorenzetti, según su voto en "Mesquida, Gregorio H. y otro c. Armada Argentina y otro" —28/11/2006, LA LEY 2007-A 566—, al cual remite).

- Es inconstitucional, en su aplicación al caso, el régimen de consolidación previsto en la ley 25.344, pues resulta inaceptable que el Estado, mediante la invocación de prerrogativas fundadas en la emergencia, repare la privación de una vida mediante una indemnización pagadera en bonos de deuda pública, por cuanto la dilación en su cancelación que ello supone implica en la práctica dejar sin remedio legal efectivo a los derechohabientes de la persona cuya existencia se ha extinguido por responsabilidad de aquel (del voto de los Dres. Petracchi y Zaffaroni).

- Al examinar si el texto de la ley 25.344 revela la voluntad del legislador de incluir en el régimen de consolidación de deudas que se originan en la obligación del Estado de resarcir daños por él causados —en el caso, muerte de consultor contratado durante el viaje en el que acompañaba a la comitiva oficial del canciller argentino—, cabe interpretar, en consonancia con el mandato constitucional de protección del derecho a la vida y el consiguiente deber de reparar su pérdida —art. 75, inc. 22, CN—, que el Estado ha contemplado un remedio legal efectivo en el art. 18, 2º párr. de la ley 25.344, lo que autoriza a excluir esa hipótesis del régimen de consolidación de la deuda pública (del voto del Dr. Maqueda en "Mesquida, Gregorio H. y otro c. Armada Argentina y otro" —28/11/2006, LA LEY 2007-A, 566—, al cual remite) **(24)**.

- Para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, en principio deben reunirse los siguientes requisitos: el Estado debe incurrir en una falta de servicio, la actora debe haber sufrido un daño cierto y debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue.

- Si bien es cierto que la reclamante presenta una depresión mayor grave que le genera una incapacidad de 40% de la total, corresponde

(24) CS, 17/08/2010, "Morrow de Albanesi, Viviana M. y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Ext., Comercio Internacional y Culto", Fallos 333:1404; RCyS 2010-IX, 136; LA LEY del 13/09/2010, 12; DJ del 05/01/2011, 25; AR/JUR/41946/2010.

desestimar el reclamo por el rubro daño psíquico, dado que se advierte en el informe del médico psiquiatra que esa afección deriva de no poder procesar la muerte de su hijo, pérdida que no resulta imputable al Estado provincial, sino a la imprudencia de la víctima —que se introdujo en una zona peligrosa del río en época en que no había bañeros—, y toda vez que la provincia solo debe responder por los daños derivados del retardo en la notificación del deceso, que impidió por el lapso aproximado de un año que los padres del fallecido pudieran ser localizados.

- El daño moral ocasionado por el cumplimiento irregular de la función encomendada a los agentes de la Policía —que impidió por el lapso aproximado de un año que los padres del fallecido pudieran ser localizados y anoticiados de la muerte por ahogamiento de su hijo—, por su índole espiritual debe tenerse por configurado por la sola producción del evento dañoso, pues se presume la lesión inevitable de los sentimientos, que se ha traducido para la reclamante en un evidente cuadro de angustia e incertidumbre por el desconocimiento de la suerte de su hijo durante el tiempo señalado.

- No obstante que se tenga por configurado el daño moral ocasionado por el cumplimiento irregular de la función encomendada a los agentes de la Policía —que impidió por el lapso aproximado de un año que los padres del fallecido pudieran ser localizados y anoticiados de la muerte por ahogamiento de su hijo—, para la justa determinación del resarcimiento deberán considerarse las circunstancias singulares del caso, en el que para la reclamante eran en cierto modo naturales las prolongadas ausencias de su hijo, y en el que la circunstancia de que haya requerido a la policía la búsqueda de su paradero recién a los ocho meses de su partida, constituye un serio indicio de que la desaparición no pareció hasta ese momento extraña o preocupante en demasía para los padres.

- Dado que se halla acreditado que si quienes intervinieron en el sumario incoado hubieran mostrado un mínimo de diligencia, habrían advertido que el mismo día de la muerte por ahogamiento del hijo de la reclamante contaban ya con alguna posibilidad de identificar tanto a la víctima como a sus allegados con los datos que surgían de las actuaciones labradas por el cuerpo policial interviniente, es claro que la responsabilidad patrimonial del Estado provincial se encuentra comprometida por el cumplimiento irregular de la función encomendada a los agentes de la Policía, que impidió por el lapso aproximado de un año que los padres del fallecido pudieran ser localizados, y anoticiados de la suerte de su hijo a fin de ejercer su derecho sobre sus restos mortales.

- Si conforme al art. 30 de la ord. 2044, que regula un balneario sometido a la jurisdicción del municipio, era obligatoria en el mismo la presencia de guardavidas en determinadas épocas del año, la muerte del hijo de la reclamante allí acaecida por ahogamiento fuera de esos períodos no puede ser considerada como atribuible a la omisión del deber de seguridad que compete a la comuna, ni al Estado provincial en su carácter de propietario del río y de las playas adyacentes, dado que la obligación del servicio de seguridad se encuentra satisfecha con la diligencia y previsión aplicadas por la administración, que resultan adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar, y que impiden concluir que se haya configurado una falta de servicio capaz de comprometer la responsabilidad patrimonial estatal.

- Si bien el Estado tiene el deber de velar por la seguridad de los ciudadanos, dicha obligación cede cuando las personas se exponen voluntariamente a situaciones de riesgo que ponen en peligro su integridad física, tal como se advierte en el caso en que la conducta de la víctima, que se introdujo en una zona peligrosa del río en época en que no había bañeros y que desembocara en su muerte por ahogamiento, fue el hecho generador del daño cuya reparación se persigue por medio de la acción incoada, que debe ser rechazada.

- Quien contrae la obligación de prestar el servicio de policía de seguridad, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular **(25)**.

(25) CS, 28/06/2005, "R., G. P. c. Provincia de Córdoba s/ daños y perjuicios", 35002228.

IV. Exoneración de responsabilidad por daños

El Máximo Tribunal federal sentenció que el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado (o, en su caso, a las provincias) no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa **(26)**.

En otro precedente sostuvo que la prohibición contenida en el art. 31 de la ley 11.723 por la indebida publicación o reproducción de imágenes sin consentimiento no es aplicable a los "motores de búsqueda" de internet por los *thumbnails*, meros intermediarios cuya única función es servir de enlace con páginas web —en el caso, pornográficas, responsabilidad subjetiva, es decir, cuando han tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, y eso no fue seguido de un actuar diligente (de la sentencia de la Corte según la doctrina sentada en "Rodríguez, María Belén c. Google Inc." —28/10/2014; LA LEY 2014-F, 401— a la cual remite).

Adunó que, atendiendo al principio general de prevención del daño, es posible reconocer una acción judicial que permita solicitar la eliminación o bloqueo de enlaces a sitios web que resulten claramente lesivos de derechos personalísimos y que también posibilite requerir que, según la tecnología disponible, los "motores de búsqueda" adopten las medidas necesarias para prevenir futuros eventos dañosos, debiendo ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la proporcionalidad y la eficacia en la obtención de la finalidad, que es prevenir la repetición de la difusión de información lesiva, ello porque la libertad de expresión que protege a quienes realizan esta actividad no es incompatible con la responsabilidad civil en su aspecto preventivo (del voto en disidencia parcial de los Dres. Lorenzetti y Maqueda, según su voto en disidencia parcial en "Rodríguez, María Belén c. Google Inc." —28/10/2014; LA LEY 2014-F, 401— al cual remite) **(27)**.

V. Las aseguradoras de daños

Entendió la CS que la sentencia que responsabilizó a la ART por los daños sufridos por un trabajador en un accidente en ocasión de trabajo debe ser dejada sin efecto, pues el juzgador no individualizó cuál fue la inobservancia legal en la que habría incurrido la aseguradora sino que se limitó a mencionar, en forma genérica, una supuesta omisión a su deber de asesorar al empleador, sin explicar qué tipo de asesoramiento hubiera contribuido a evitar el siniestro, en cuya mecánica se imputó a la acción de un tercero **(28)**.

Consideró también:

- 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 y, por tanto, no puede ser el objeto de una obligación civil, pues la relación obligacional legal que vincula a la víctima con la aseguradora es independiente de aquella que se entabla entre esta y el asegurado; poseen distintos sujetos —no son los mismos acreedores y los deudores en una y otra obligación—, tienen distinta causa —en una, la ley; en la otra, el contrato— y, otras, distinto objeto —en una, la de reparar el daño, en la otra, garantizar la indemnidad del asegurado—, en la medida del seguro.

- La obligación de las aseguradoras de reparar un daño puede tener una naturaleza legal o contractual; su origen no es el daño sino las normas jurídicas que rigen la materia o el contrato de seguro; a diferencia de esto, la obligación de reparar el daño por parte de quien lo

(26) CS, 22/03/2005, "Córdoba, Ramona A. R. y otro c. Provincia de Buenos Aires", Fallos 328:494, 70059344.

(27) CS, 30/12/2014, "Lorenzo, Bárbara c. Google Inc. s/ daños y perjuicios", LLOnline, AR/JUR/68861/2014.

(28) CS, 13/11/2018, "Palacín, Fernando S. c. Bruno, Darío H. y otro s/ accidente - ley especial", Fallos 341:1611; LA LEY del 23/11/2018, 5; LA LEY 2018-F, 216; LA LEY del 31/01/2019, 4; AR/JUR/58846/2018.

provocó nace de ese hecho, por lo tanto, distinta naturaleza de la obligación de la aseguradora *vis a vis*, la del asegurado 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).

- La finalidad social del seguro de responsabilidad civil, que según la ley y la autoridad regulatoria es tanto proteger a las víctimas de los accidentes de tránsito como permitir un fácil acceso de la comunidad al seguro, no autoriza *per se* a los jueces a declarar inoponible al actor el límite de la cobertura pactada entre aseguradora y asegurado (del voto del Dr. Rosenkrantz).

- La sentencia que declaró la inoponibilidad del límite de la cobertura del seguro al tercero damnificado es arbitraria, pues no pudo encontrar sustento en el principio de compensación integral, ya que tal principio no es absoluto ni es incompatible con sistemas que establezcan una indemnización limitada o tasada, en la medida en que el sistema en cuestión sea razonable (del voto del Dr. Rosenkrantz) **(29)**.

VI. Daños resarcibles

VI.1. Daño emergente

La indemnización por daño emergente resultante de la falta de sostén material que se deriva de la muerte de un hijo no puede ser otorgada a la progenitora teniendo en cuenta que aquel sostenía a su hijo y su concubina, y, por el monto de sus ingresos no puede considerarse que hiciese frente a otros gastos diarios que los que demandaba la atención de aquellos **(30)**.

VI.2. El lucro cesante

La sentencia de Cámara revocó la sentencia de primera instancia en cuanto rechazó el rubro lucro cesante solicitado por el actor, por considerar que sobre él se había operado la prescripción y la modificó, elevando el *quantum* en cuanto a los rubros pérdida de chance, por no haber permitido que aquel accediera mediante concurso al cargo de profesor titular en la cátedra de Fisiología Animal, y el daño moral derivado de tales actos. Contra este pronunciamiento, el demandado interpuso el recurso extraordinario que, denegado, originó la queja.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar parcialmente al remedio procesal incoado y precisó:

- Corresponde descalificar la sentencia que hizo lugar al resarcimiento del lucro cesante y daño moral fundado en la decisión de las autoridades universitarias de no renovar al demandante su designación interina como profesor, pues, las disposiciones del Estatuto de la Universidad Nacional de Río Cuarto, aplicable al caso, otorgan a la universidad, en materia de interinatos docentes, suficientes facultades para ponderar si median, o no, razones de oportunidad y conveniencia para su renovación al vencimiento del plazo previsto.

- Es arbitraria la sentencia que hizo lugar al resarcimiento del lucro cesante y daño moral fundado en la decisión de las autoridades de la Universidad Nacional de Río Cuarto de no renovar al actor su designación interina como profesor, en tanto el *a quo* prescindió de verificar la existencia de un daño cierto, omitiendo la adecuada consideración de los presupuestos necesarios que tornarían procedente el resarcimiento pretendido.

- Toda vez que las designaciones interinas de docentes universitarios son decisiones con alcance temporal limitado, resultan arbitrarias

(29) CS, 06/06/2017, "Flores, Lorena R. c. Giménez, Marcelino O. y otro s/ daños y perjuicios (acc. trán. c. les. o muerte)", Fallos 340:765; LA LEY del 19/06/2017, 4; LA LEY 2017-C, 490; LA LEY del 26/06/2017, 5, con nota de Felipe F. AGUIRRE; LA LEY 2017-C, 552, con nota de Felipe F. AGUIRRE; LA LEY del 17/06/2017, 8; LA LEY 2017-C, 450; RCyS 2017-VII, 173; RCyS 2017-VIII, 251; LA LEY del 30/08/2017, 4, con nota de Waldo SOBRINO; LA LEY 2017-E, 34, con nota de Waldo SOBRINO; LA LEY del 18/09/2017, 12; RCyS 2017-XI, 217; AR/JUR/28172/2017.

(30) CS, 14/07/2015, "Meza, Dora c. Provincia de Corrientes y otros s/ daños y perjuicios", cit.

las interpretaciones por las que se reconoce, aun de modo indirecto, una suerte de garantía de permanencia en el cargo, cuando el régimen legal aplicable no contiene norma alguna que permita tal conclusión.

- Las designaciones interinas de docentes universitarios no resultan aptas para generar derechos, entendiéndose por tales a la ultraactividad de ellas o la permanencia en el cargo, que excedan de lo estrictamente reconocido por tales nombramientos, y, en consecuencia, no es posible predicar la existencia de lesión indemnizable, al faltar una situación jurídica en cabeza del afectado que sea susceptible de ser alterada por la autoridad administrativa **(31)**.

VI.3. Pérdida de la chance

La indemnización por pérdida de chance es admisible para el supuesto de muerte de hijos, pues es dable admitir la frustración de aquella posibilidad de sostén para los progenitores, expectativa legítima, y verosímil según el curso ordinario de las cosas **(32)**.

VI.4. Daño por incapacidad física

Entendió la CS que la indemnización reconocida a un trabajador por los daños sufridos en un accidente de trabajo es arbitraria pues, el juzgador calculó la suma en lo que llamó "valores actuales", elevando exponencialmente el monto del capital nominal al punto de superar más de diez veces la cifra reclamada —en su adecuación al 8% de incapacidad reconocido—, con la particularidad de que dispuso la aplicación de intereses según la tasa activa para préstamos personales de libre destino del Banco Nación desde la exigibilidad del crédito **(33)**.

En el histórico precedente "Aquino", señaló que el hecho de que la eventual compensación del infortunio laboral calculada según las normas del derecho común sea tres veces superior al importe resultante de aplicar las pautas de la Ley de Riesgos del Trabajo, pone de manifiesto que los daños irrogados a la víctima en relación causal adecuada con el accidente laboral, resultan insuficientemente reparados por el régimen de la ley 24.557 en una medida tal que importa la frustración de la finalidad esencial del resarcimiento por daños a la integridad psicofísica del trabajador (del voto de los doctores Belluscio y Maqueda) **(34)**.

Y añadió que a los fines indemnizatorios de un accidente de trabajo, los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos —aunque elementos importantes que se deben considerar— no conforman pautas estrictas, ya que no solo cabe justipreciar el aspecto laboral, sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como social, correspondiendo indemnizar, incluso, la pérdida de chance, cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera.

VI.5. Daños a la vida en relación: repercusión social

Dijo el cimero tribunal que, en el contexto indemnizatorio del Código Civil, la incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a este un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc., y, por el otro, 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

(31) CS, 23/03/2010, "Orías, Raúl c. Universidad Nacional de Río Cuarto", Fallos 333:264; LA LEY del 26/04/2010, 12; *Sup. Adm.* 2010 (mayo), 51; LA LEY 2010-C, 238; RCyS 2010-X, 90, con nota de Ana María BESTARD; AR/JUR/3884/2010.

(32) CS, 14/07/2015, "Meza, Dora c. Provincia de Corrientes y otros s/ daños y perjuicios", cit.

(33) CS, 28/05/2019, "Fernández, Sergio H. c. Unilever de Argentina SA s/ despido", cit.

(34) CS, 21/09/2004, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA", Fallos 327:3753; *Sup. Esp. LA LEY* 2004 (sept.), 39, con notas de Ramón D. PIZARRO; Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA; Rodolfo E. CAPÓN FILAS; Marcelo LÓPEZ MESA; Carlos V. CASTRILLO; Horacio SCHICK; DJ 2004-3, 339; DT 2004 (sept.), 1286; DJ 2004-3, 394, con nota de Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA; RCyS 2004, 542, con nota de Carlos A. GHERSI; ED del 25/10/2004, 5; DJ 2004-3, 798, con nota de Ángel E. GATTI; TySS 2004, 778; LA LEY 2005-A, 230, con nota de José P. DESCALZI; DJ 2004-3, 1094, con nota de Carlos A. GHERSI; IMP 2004-B, 2588; JA 2006-IV, 15; RCCyC 2016 (oct.), 222, con nota de Christian A. CAO y Gonzalo GAMARRA; AR/JUR/2113/2004.

integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable **(35)**.

VI.6. La reparación integral del daño a la persona

En cuanto a la concepción tripartita del ser humano, la CS entendió que es arbitraria la sentencia que rechazó la demanda tendiente a obtener, con base en el Código Civil, una indemnización por los daños derivados de un accidente laboral, toda vez que, so color de *restitutio in integrum*, estimó el resarcimiento por el daño material del derecho civil también mediante una tarifa, distinta en apariencia de la prevista en la LRT, pero, análoga en su esencia, ya que solo atiende a la persona humana en su faz exclusivamente laboral y tal criterio de evaluación, por lo reduccionista, resulta opuesto frontalmente al régimen jurídico que pretende aplicar, dada la comprensión plena del ser humano que informa a este **(36)**.

(35) CS, 08/04/2008, "Arostegui, Pablo M. c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Peluso y Compañía", Fallos 331:570; LA LEY del 29/04/2008, 7 IMP 2008-9 (mayo), 802; LA LEY del 05/05/2008, 9, con nota de Horacio SCHICK; LA LEY 2008-C, 247, con nota de Horacio SCHICK; DT 2008 (mayo), 541; DJ del 11/06/2008, 396; DJ 2008-II, 396; RCyS 2008, 900; RCyS 2008, 597, con nota de Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO; AR/JUR/429/2008.

(36) *Ibid.*

Los riesgos de desarrollo en el Código Civil y Comercial

Paula María Cicchino (*)

Sumario: I. La problemática.— II. Responsabilidad por productos defectuosos y riesgos de desarrollo.— III. La cuestión en el derecho argentino.— IV. El caso fortuito y el riesgo de desarrollo.— V. El artículo 1733 del Código Civil y Comercial.— VI. Razones de conveniencia.— VI. Conclusión.

I. La problemática

No son infrecuentes los casos en los que, tiempo después de que se comercializa un producto, se descubre que causaba algún daño que no era posible conocer al momento en que había sido puesto en circulación. Es así como medicamentos, alimentos, artículos de limpieza, juguetes o diferentes productos son masivamente utilizados sin aparentar riesgos y luego, a raíz del avance científico y nuevos procedimientos investigativos, se llega a determinar su nocividad. Sucedió con hemoderivados para hemofílicos y con sangre transfundida, que contenían HIV; con sedantes para embarazadas (talidomida), que provocaron el nacimiento de niños con deformaciones físicas **(1)**; con medicamentos para el colesterol (MER/29), que generaron proble*m*as en la vista y hasta ceguera en quienes lo utilizaron; con una droga antiabortiva (DES), que produjo cáncer de útero en las hijas de quienes la habían utilizado; con anticonceptivos (Ortho-Novum), que provocaba la parálisis de parte del cuerpo **(2)**; entre muchos otros. No es osado pensar que en el futuro se tendrá noticia de muchas más nuevas situaciones nocivas vinculadas a otros medicamentos **(3)**, a alimentos e, incluso, a productos tecnológicos **(4)**.

El denominado "riesgo de desarrollo" puede definirse como el defecto que, a la luz del estado de los conocimientos técnicos o científicos, no

(*) Abogada (UNLP). Maestrando de la Maestría en Magistratura de la UBA. Especialista en Contratos y Daños. Universidad de Salamanca. Secretaria de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Adjunta de "Obligaciones Civiles y Comerciales en la cátedra del Dr. Sebastián Picasso, Facultad de Derecho (UBA). Titular de "Teoría del razonamiento y la decisión judicial", Facultad de Derecho (UP).

(1) La talidomida fue uno de los teratógenos humanos (medicamento u otro agente que causa el desarrollo normal del embrión o el feto) más potentes, utilizado entre los años 1957 y 1963 como sedante y como calmante de las náuseas durante los tres primeros meses de embarazo. La ingestión de una sola dosis de talidomida durante el comienzo del embarazo provocaba graves deformaciones en el feto. En Alemania, en diciembre de 1970, terminó el juicio iniciado a raíz de la toma de este medicamento. La empresa Grünenthal reconoció su responsabilidad y se comprometió a compensar económicamente a las personas afectadas: millares de niños con malformaciones y 800 adultos que sufrieron trastornos nerviosos después de haberlo ingerido. El producto fue comercializado en más de 50 países del mundo. El 20/10/2015, el Tribunal Supremo de España puso fin al litigio sobre la materia (sent. 544/2015).

(2) "Brochu v. Ortho Farm. Corp", 642 F. 2d 652 (1st. Cir. 1981).

(3) No es esta la oportunidad en la que analizaremos las eventuales responsabilidades para el caso de que se descubra en el futuro que la aplicación de las vacunas contra el COVID-19 genera algún daño a las personas. El tema, por su complejidad, merece un tratamiento particularizado.

(4) Muchas actividades innovadoras pueden ser potencialmente una fuente generadora de daños. El derecho debe adecuarse a estas nuevas realidades como a su vez comprender que temas como los riesgos que puede provocar la nanomedicina, con sus "máquinas" moleculares inobservables, el uso en seres humanos de "células madre", los transgénicos son, como antaño, el desafío planteado por el daño ambiental o el producido por medicamentos. (BAROCELLI, Sergio S. – GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "Responsabilidad por riesgo de desarrollo. Aproximaciones de la jurisprudencia argentina", LA LEY, 2008-F, 843).

puede ser descubierto en el momento de ponerse en circulación un producto **(5)**. La temática se encuentra subsumida en la de la responsabilidad por productos elaborados, en particular, la de los productos defectuosos o peligrosos.

La concepción que puede tenerse de los riesgos de desarrollo tiene, del lado de las víctimas, implicancias sociales considerables y, por el lado de los productores, consecuencias económicas no menos importantes. En efecto, como siempre en el derecho de la responsabilidad civil, la severidad hacia los responsables, aquí los productores, tiene como consecuencia un costo de producción más elevado que el que resultaría de un sistema de reparación menos indulgente hacia las víctimas y, por lo tanto, un encarecimiento del costo de los productos en detrimento de los consumidores. La seguridad tiene un precio que repercutirá necesariamente sobre el de los productos. A la inversa, si bien una responsabilidad que favoreciera a los productores tiene evidentemente efectos desfavorables para las víctimas, ya que los daños se reparan con menos frecuencia, ella no conlleva un mayor costo de producción, lo que favorece a los consumidores. La elección entre las dos actitudes es de la mayor importancia en un mercado de masas **(6)**.

II. Responsabilidad por productos defectuosos y riesgos de desarrollo

La responsabilidad por productos defectuosos es una construcción surgida en la jurisprudencia de Estados Unidos **(7)**. Los *leading cases* en la materia muestran cabalmente el desarrollo del avance en la materia. Así, los casos "MacPherson v. Buick Motor Co.", con sentencia del juez Cardozo **(8)**; "Henningsen v. Bloomfield Motors Co.", del Tribunal Supremo de Nueva Jersey, de 1960 **(9)** y "Greenman v. Yuba Power Products, Inc." **(10)** fueron claros paradigmas en ese camino. Las ideas que surgieron en los precedentes mencionados se consolidaron y fueron plasmadas por el *American Law Institute* en la sección 402 A de la *Restatement of the Law (Second) of Torts* (1965) **(11)** y en el art. 2º de la *Restatement of the Law (Third) of Torts* (1998) **(12)**.

La sección 402 A del *Rest. 2d* prevé una regla general que considera defectuoso a aquel producto que presente un "peligro irrazonable" (*unreasonable dangerousness*), definido, en el comentario i), como aquel peligro que supera el que podía

(5) BUERES, Alberto J. – PICASSO, Sebastián, "La responsabilidad por daños y la protección al consumidor", RDPyC 2009-1-31.

(6) LARROUMET, Christian, "La noción de riesgo de desarrollo, riesgo del siglo XXI", RCyS 2000-81.

(7) Puede verse un clarificador desarrollo del derecho norteamericano acerca de la responsabilidad del fabricante en BORGHETTI, Jean – Sébastien, "La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé", Libreirie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004, ps. 19 y ss.

(8) 111 NE 1050, New York, 1916. El caso versaba sobre daños derivados de un vehículo automotor. En él, el juez Benjamin Nathan Cardozo —futuro magistrado de la Corte de los Estados Unidos— sostuvo el deber de salvaguardar la vida, cuando las consecuencias de la negligencia pueden ser previstas, va más allá del contrato.

(9) 32 NY 358, 161 A2d 69. En este caso, se decidió que los consumidores no tenían necesidad de probar la culpa del fabricante, dado que existían razones de justicia social para afirmar la existencia de una garantía implícita que acompañaba al bien hasta el último consumidor.

(10) 377 P.2d 897, Cal. 1962. La sentencia deja en claro que un fabricante es estricta y civilmente responsable cuando se demuestra que un producto que coloca en el mercado conociendo que será usado sin inspección por defectos tiene un defecto que causa daños a seres humanos. La idea fue asegurar que los costes de los daños resultantes de productos defectuosos se impongan sobre el fabricante que los coloca en el mercado más que sobre las personas dañadas, con menor capacidad para protegerse por sí mismas.

(11) "Sección 402 A. Responsabilidad especial del vendedor de un producto por daño físico al usuario o consumidor. 1) El que ha vendido un producto en condiciones defectuosas que resulten más peligrosas que lo razonable al usuario o consumidor o a sus bienes, será responsable por el daño físico que sea causado por aquellos al último usuario o consumidor o a sus bienes, si: a) el vendedor habitualmente vende productos semejantes, y b) es razonable esperar que los mismos lleguen y, de hecho, han llegado, al usuario o consumidor sin ningún cambio sustancial en la condición original en que fueron vendidos. 2) La regla establecida en inc. 1) se aplica, aunque: a) el vendedor haya puesto todo el cuidado posible en la preparación y venta de su producto; y b) el usuario o consumidor no hayan comprado el producto al vendedor o no hayan participado en una relación contractual con el mismo".

(12) El art. 2º dispone que un producto es defectuoso en el diseño cuando el riesgo previsible de daño creado por el producto podría haber sido reducido o suprimido mediante la adopción de un diseño alternativo razonable por parte del vendedor u otro distribuidor, o un predecesor en la cadena comercial de distribución y la omisión del diseño alternativo convierte al producto en un no razonablemente seguro.

legítimamente esperar el consumidor medio, de acuerdo con los conocimientos ordinarios de la comunidad y las características del producto. En otras palabras, lo defectuoso se determina según un criterio de *expectativas razonables del consumidor*. El comentario k) añadió a dicho precepto una excepción para los fabricantes de productos "inevitablemente inseguros" (*unavoidably unsafe products*), entre los que se incluían los medicamentos, según la cual "el fabricante no es responsable de los daños causados por el diseño del producto si proporciona información adecuada sobre sus riesgos previsibles".

La sistematización llegó luego con la directiva 85/374/CEE, que creó un régimen legal autosuficiente en materia de responsabilidad objetiva por productos defectuosos para los países miembros de la Unión Europea.

Esta normativa, que estableció la responsabilidad objetiva del productor por los daños causados por los defectos de sus productos (art. 1º) **(13)**, también previó una serie de supuestos en los que se eximía al productor aun cuando el producto fuera defectuoso; entre ellos, el riesgo de desarrollo. Así, en el art. 7º **(14)** se dispone que "el productor no será responsable si prueba: (...) e) 'que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto'".

Debe destacarse, sin embargo, que en el art. 15 **(15)** de la misma directiva se autoriza a los Estados a dejar de lado tal exoneración. Es decir, cada país miembro puede establecer normas que responsabilicen a los productores por los daños causados por los riesgos de desarrollo. En el mismo art. 15 se estableció la revisión del inc. e) del art. 7º pasados diez años y luego de la evaluación de un informe sobre la incidencia que esa disposición hubiera tenido en los tribunales en la protección de los consumidores y en el funcionamiento del mercado común.

Una vez instituido, este modelo fue seguido por países que no pertenecían a la Comunidad e influyó en forma directa en la normativa de paí-

(13) Art. 1º: "El productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos".

(14) Art. 7º: "En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba: a) que no puso el producto en circulación; b) o que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde; c) o que él no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo de alguna forma con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional; d) o que el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos; e) o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto; f) o que, en el caso del fabricante de una parte integrante, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto".

(15) Art. 15: "1. Cada Estado miembro podrá: a) no obstante lo previsto en el art. 2º, disponer en su legislación que, a efectos del art. 1º de esta Directiva, por 'producto' se entienda también las materias primas agrícolas y los productos de la caza; b) no obstante lo previsto en la letra e) del art. 7º, mantener o, sin perjuicio del procedimiento definido en el apart. 2º del presente artículo, disponer en su legislación que el productor sea responsable incluso si demostrara que, en el momento en que él puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto. 2. El Estado miembro que quisiera introducir la medida especificada en la letra b) del apart. 1º, deberá comunicar a la Comisión el texto de la medida propuesta. La Comisión informará de ello a los demás Estados miembros. Este Estado miembro esperará nueve meses para tomar la medida a partir del momento en que informe a la Comisión y siempre que entretanto esta no haya sometido al Consejo ninguna propuesta de modificación de la presente Directiva que afecte al asunto tratado. Si, no obstante; la Comisión no comunicará al Estado miembro, en el plazo de tres meses, su intención de presentar tal propuesta al Consejo, el Estado miembro podrá tomar inmediatamente la medida propuesta. Si la Comisión presentara al Consejo la propuesta de modificar la presente Directiva en el mencionado plazo de nueve meses, el Estado miembro de que se trate esperará dieciocho meses para tomar la medida a partir del momento en que se presentó la propuesta. 3. Diez años después de la fecha de notificación de la presente Directiva, la Comisión someterá al Consejo un informe sobre la incidencia que haya tenido la aplicación hecha por los tribunales de la letra e) del art. 7º y la letra b) del apart. 1º de este artículo en la protección de los consumidores y en el funcionamiento del mercado común. A la luz de este informe el Consejo, actuando a propuesta de la Comisión y en los términos que estipula el art. 100 del Tratado, decidirá si deroga o no la letra e) del art. 7º".

ses cuyos sistemas de responsabilidad civil son muy diversos **(16)**.

III. La cuestión en el derecho argentino

Los daños causados por riesgo de desarrollo provienen, como se señaló, de un tipo especial de defecto o peligro: aquel que, por el estado de la ciencia, no podía conocerse al momento de la puesta en circulación del producto. La pregunta que sigue es, naturalmente, quién debe asumir los daños producidos por el riesgo de desarrollo. Dadas las características del ordenamiento jurídico argentino, el interrogante se traduce, en definitiva, en si el riesgo de desarrollo configura o no un caso fortuito que exime de responsabilidad. Analizaremos esta cuestión en los párrafos que siguen.

Lo primero que debe destacarse es que el derecho argentino no contemplaba, ni lo hace en la actualidad, una norma de redacción similar a la del inc. e) del art. 7º de la directiva europea y es por ello que se dio en nuestro país un arduo debate doctrinario **(17)** sobre este punto, que no cesó con la incorporación, en el año 1998, del art. 40 a la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios. Esta disposición, que vino a complementar el art. 5º **(18)**, estableció la responsabilidad por el daño causado al consumidor por "el riesgo o vicio de la cosa o de la prestación del servicio" (responsabilidad por productos defectuosos) **(19)** pero no zanjó la cuestión acerca de si el riesgo del desarrollo, dentro del contexto normativo del consumidor, podía ser considerado un caso fortuito y, por ende, una eximente de responsabilidad para el proveedor.

IV. El caso fortuito y el riesgo de desarrollo

Según el derecho argentino, el caso fortuito es aquel hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado y exime de responsabilidad excepto disposi-

(16) PRIETO MOLINERO, Ramiro J., "Evolución y teoría de la responsabilidad objetiva por productos", en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, t. II, p. 731. Así, por ejemplo, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Suiza, Irlanda, Italia, Países Bajos, Austria, Portugal y Reino Unido reglamentan los riesgos del desarrollo como una causa de eximición de responsabilidad del productor de daños y perjuicios. Luxemburgo, Finlandia y Suecia han sentado la regla contraria: los riesgos del desarrollo no eximen de responsabilidad al fabricante. España, a través de la ley 22/1994, ha sentado como regla la de la directiva, esto es, la no responsabilidad por riesgos del desarrollo, pero con una importante excepción; en su art. 6º establece: "Causas de exoneración de responsabilidad. 3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables de acuerdo con esta ley no podrán invocar la causa de la exoneración de la letra e) del apart. 1) de este artículo". También es el caso de Alemania, que, si bien adopta la excepción, la excluye en materia de medicamentos (SOZZO, Gonzalo, "Riesgos del desarrollo sistema de derecho de daños (Hacia un derecho de daños pluralista)", RDD 2006-2-76 y ss.).

(17) El tema se trató en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981); en las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho (Punta del Este, 1986); en las I Jornadas sobre Responsabilidad por Productos Farmacéuticos y Medicinales (Morón, 1987); en las Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (Mar del Plata, 1989); en las I Jornadas Internacionales de Estudiantes de Derecho (Córdoba, 1992); en las Jornadas Nacionales de Derecho Privado, Universidad Nacional del Nordeste, en Homenaje a César Augusto Abelenda (Corrientes, 1994); en las I Jornadas de Derecho Civil de Morón (1994); en las VII Jornadas Rioplatenses de Derecho (Punta del Este, 1994); en el II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y I Encuentro Nacional del Consumidor y Usuario (Rosario, 1994). Pueden verse las conclusiones en MÁRQUEZ, José F. – MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Responsabilidad por productos y servicios peligrosos o defectuosos. El riesgo de desarrollo como eximente", en PICASSO - VÁZQUEZ FERREYRA (dirs.), ob. cit., ps. 782 y ss.; SOZZO, Gonzalo, ob. cit., ps. 75 y ss.; GOLDENBERG, Isidoro H. – LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos", JA 1990-I-917.

(18) El art. 5º contempla la obligación de seguridad de los proveedores directos en las relaciones de consumo: "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 la integridad física de los consumidores o usuarios".

(19) La LDC en el cap. X, titulado "Responsabilidad por daños", art. 40, establece: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena". La incorporación de este artículo se hizo a través de la ley 24.299, que reformó la ley 24.240.

ción en contrario (art. 1730, Cód. Civ. y Com.). El caso fortuito debe reunir ciertos caracteres para ser tal: imprevisibilidad, inevitabilidad y ajenidad **(20)**.

La noción de imprevisibilidad se vincula con la teoría de la causalidad adecuada adoptada por los arts. 1726 y 1727 del mismo cuerpo legal. En el ámbito extracontractual, para evaluar la existencia de un vínculo causal adecuado entre un hecho y un resultado, es preciso indagar si este último era previsible objetivamente para una persona media que estuviera en conocimiento de las circunstancias del caso. En la caracterización del caso fortuito reaparece esta nota relacionada con la previsibilidad: el caso fortuito es un hecho que no habría podido ser previsto en los términos que se acaban de mencionar y es precisamente por eso que rompe el nexo causal adecuado entre el hecho del agente y el daño. En el ámbito contractual, si el *casus* provoca la imposibilidad de cumplir, extingue la obligación (arts. 955 y 1732).

En cuanto a la inevitabilidad, cabe decir que el caso fortuito requiere algo más que la ausencia de culpa: no basta con la prueba de la diligencia, o de haber adoptado precauciones razonables, sino que es preciso demostrar que el daño no habría podido ser evitado ni siquiera si se hubiera desplegado una diligencia superlativa, muy superior a la del hombre normalmente cuidadoso. El caso fortuito exige imposibilidad: ni el responsable, ni nadie en su lugar, deben haber estado en condiciones de impedir el daño **(21)**.

La idea de imprevisibilidad es inherente al concepto de "riesgo de desarrollo": no se puede prever el daño —y por ende tampoco evitar— porque el estado de la ciencia no lo permite. Esta circunstancia ha llevado a algunos autores a afirmar que si bien hay causalidad material, cuando se produce un daño como consecuencia del riesgo de desarrollo, no hay causalidad jurídica. Ninguna de las vertientes que propugnan la teoría de la causalidad adecuada (v.gr., apreciación subjetivista de Von Kries, la objetivista de Thon y el juicio de un observador experimentado de Traëger) permite, en principio, vincular causalmente el daño con el producto que tiene un vicio por el riesgo de desarrollo **(22)**.

Lo que sucede es que aquellos que afirman que no hay causalidad jurídica se desentienden de la circunstancia de que la responsabilidad por productos peligrosos o defectuosos es objetiva y que, en consecuencia, otro debe ser el razonamiento que los operadores jurídicos deben realizar frente a una situación concreta. No puede obviarse que probada la causalidad material (que el daño fue causado por el producto defectuoso), la ley presume la causalidad adecuada y que, entonces, es el señalado como responsable quien debe, para eximirse de responsabilidad, acreditar el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento.

Cobra relevancia, entonces, el requisito de la *ajenidad* —mencionado al principio del acápite—, que, si bien no es sugerido en las versiones clásicas de teoría de la causalidad adecuada, sí es constitutivo de la noción de caso fortuito que se trasluce en el régimen jurídico argentino actual y que proviene de una larga tradición doctrinaria derivada de las enseñanzas de Exner. Para este autor es necesaria, para la configuración del caso fortuito, la procedencia exterior de la fuerza que ocasiona un daño **(23)**.

(20) Sobre el *casus*, seguiremos los lineamientos de PICASSO, Sebastián – SÁENZ, Luis, en "Tratado de derecho de daños", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, ps. 368 y ss.

(21) MAZEAUD, Henri – MAZEAUD, Léon – TUNC, André, "Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", Ed. EJEA, Buenos Aires, 1962, t. 1, vol. II, p. 326.

(22) Prieto Molinero dice que "en el riesgo de desarrollo ni un observador experimentado, ni nadie podía conocer esa relación causal por el simple hecho de que superaba el saber humano existente en un determinado momento" (PRIETO MOLINERO, ob. cit., p. 740).

(23) EXNER, Adolfo, "De la fuerza mayor: en el Derecho mercantil romano y en el actual", Ed. Victoriano Suárez, Madrid, 1905, trad. E. Miñana y Villagrasa, p. 7. Antes de avanzar, deben realizarse algunas precisiones metodológicas. Exner se limita en su obra a tratar la fuerza mayor en el contrato de transporte y en el de hospedaje, es decir, que no postula la exterioridad de modo general como requisito del casus. Sin embargo, por razones que quedarán evidenciadas luego, esa cortapisa no veda la necesaria alusión a su postura. Por otra parte, cuando el autor se refiere al límite entre lo interno y lo externo menciona el "círculo industrial de la empresa", concepto que podría caracterizarse como material (personal, medios empleados por la empresa, etc.). Tampoco esa restricción parece problemática en este contexto, debido a que la utilidad de las enseñanzas de Exner radicará, en esta ocasión, únicamente en el fundamento de la incorporación del requisito de la

De acuerdo con esas premisas, Pizarro sostiene que el riesgo de desarrollo no puede ser considerado caso fortuito porque este debe ser externo a la cosa que produce el daño y en este supuesto no lo es: está dentro de ella, "sin que su eventual desconocimiento del proveedor profesional incida en ello en lo más mínimo" **(24)**. En definitiva, al no configurarse el caso fortuito, por falta de uno de sus requisitos constitutivos, no será posible considerarlo como eximente de responsabilidad.

Por el contrario y si bien Prieto Molinero reconoce "internalidad", afirma que el elemento valorativo que realmente interesa en torno al requisito de la "ajenidad" es la *posibilidad de control* por parte del fabricante y que, como no existe ninguna posibilidad de hacerlo en los casos de productos que contienen un defecto por el riesgo de desarrollo, bien puede alegarse la existencia del caso fortuito. Y esto no es porque exista una especie de negligencia de su parte sino porque ese productor, como cualquier otro, no estaba en condiciones de superar un obstáculo externo representado por posibilidades del conocimiento humano. Concluye que el riesgo del desarrollo importa un límite objetivo a la propia responsabilidad objetiva **(25)**.

Ahora bien, la referencia a la *posibilidad de control*, como elemento valorativo para la distinción entre hechos internos o externos —y a pesar de la negativa expresa de Prieto Molinero— tiene reminiscencias subjetivistas. La postura del autor pareciera, en consecuencia, entroncarse en pensamientos como el de Colmo, quien relativizó el principio propiciado por Exner **(26)**. Lo cierto es que el propio Exner ofreció ejemplos de hechos interiores que escapaban a la posibilidad de control **(27)** y aun así no configuraban caso fortuito **(28)**.

Más allá de que la posibilidad de control sea uno de los matices de la ajenidad en la teoría de Exner **(29)**, lo trascendente de este requisito en los riesgos de desarrollo según nuestra posición se relaciona con los motivos por los cuales este autor lo incorpora al concepto de caso fortuito: "la dificultad de la prueba frente a hechos que, al darse en el ámbito interno de la actividad de que se trate, aparecen como oscuros" **(30)**. La *ratio* es, al fin y al cabo, "excluir toda apreciación judicial del asunto allí donde la cadena de los hechos causales corre dentro del organismo de la empresa" **(31)**.

---

ajenidad a la noción de caso fortuito, sin que se postule —lo que resultaría absurdo— una traslación literal de sus puntos de vista al debate sobre los riesgos del desarrollo.

(24) PIZARRO, Ramón D., "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual. Parte especial", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, t. II, p. 391.

(25) PRIETO MOLINERO, ob. cit., p. 739.

(26) Sostiene Colmo: "Como se ve, conjugo las dos cosas primordiales que deben jugar en este asunto: el principio director, que Exner admite, y las circunstancias, que Exner excluye. Y acepto, en tal virtud, que el deudor pueda alegar en su descargo su inculpabilidad, dentro de los expresados criterios y circunstancias, que Exner desecha. Es que, en nuestro derecho, y salvo supuestos particulares (como los antes citados de los posaderos, capitanes de buques, patrones en accidentes obreros, etc.) no hay responsabilidad donde no hay culpa. Y es porque ni aun en la doctrina de Exner resulta ella inadmisible, como lo patentiza el hecho de fondo de que acepte el *casus*" ("De las obligaciones en general", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, ps. 93 y ss.). Lo que se desprende de sus palabras, en definitiva, es que no acepta sin más el requisito de ajenidad como configurativa del caso fortuito, tal como la postula Exner, porque no es admisible un sistema de responsabilidad sin culpa.

(27) No es exterior el supuesto en que el maquinista es víctima de una apoplejía fulminante y el tren choca o se precipita al abismo (EXNER, ob. cit., p. 142). Como se echa de ver, se trata de un hecho interno que se encuentra fuera de la esfera de control de la empresa de transporte.

(28) Afirma el autor: "No se puede, ni aun ante el peligro de aceptar *in concreto* consecuencias particulares consideradas injustas, dejar abierta ninguna rendija, por la cual penetrarían en seguida otra vez las cuestiones de la culpa con todos sus peligros prácticos, si se admite la posibilidad de la exculpación." (*id.*, ps. 138-139).

(29) Tal como se puede observar en la mayoría de los ejemplos que ofrece Exner. Por mencionar uno: la destrucción del cargamento de un navío por la explosión de una máquina infernal recibida a bordo por declaración falsa. Asimismo, cabe destacar que el art. 1218, Cód. Civil francés, con su reciente reforma, precisa que el evento que ha de ser considerado fuerza mayor en materia contractual debe estar fuera del control del deudor para ser tal.

(30) EXNER, ob. cit., ps. 134-135.

(31) *Id.*, p. 138. Agrega el autor: "Tan pronto como aparezca que la causa de la destrucción se ha originado dentro del almacén, etc., ya no nos preguntamos el cómo se ha originado el daño y, mucho menos, si era inevitable; en tales casos no hay de ningún modo fuerza mayor" (p. 137).

No pueden soslayarse, entonces, las dificultades que la ciencia tiene para definir sus propios límites. La referencia al "estado de los conocimientos científicos" y la idea de que existe un momento determinado en el tiempo en el que un conocimiento adquiere el estatus de "científico", supone un progreso de la ciencia a la manera de Popper y no considera posiciones como las de Lakatos, Feyerabend o Khun, que ponen en crisis tal postulado **(32)**.

Esta discusión en el ámbito del saber científico **(33)** tiene la entidad de hacer evidente por qué el requisito de la ajenidad se mantiene incólume en los riesgos del desarrollo. No puede desconocerse la dificultad que tiene aquel que sufrió el daño para desvirtuar la prueba que, por ejemplo, un laboratorio está en condiciones de aportar acerca de que no le era posible conocer la nocividad del medicamento que comercializó. Es sabido que los procesos de producción masivos y los conocimientos científicos y técnicos que se utilizan en ellos son complejos y con un acceso en extremo restringido al saber común. En eso consiste, precisamente, la "internalidad" que se pone en juego en el riesgo de desarrollo y que impide que pueda ser considerado caso fortuito eximente de responsabilidad.

Con los matices expuestos, consideramos que, en los riesgos del desarrollo, al no darse el requisito de la ajenidad, no hay estrictamente *casus*, no se desvirtúa la presunción de causalidad adecuada y, por eso, se debe responder.

V. El artículo 1733 del Código Civil y Comercial

La disposición mencionada establece: "Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. 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".

Entonces, si los argumentos esbozados en el acápite anterior fueran considerados insuficientes para excluir los riesgos de desarrollo del concepto de caso fortuito, habría que aceptar, en última instancia, que el legislador ha optado, en el inc. e) del artículo transcripto, por no responsabilizar al productor por los daños generados en ese contexto; porque —de lo que no puede dudarse— es que el riesgo de desarrollo es "una contingencia propia de la actividad desarrollada por el productor". Así como se puede asumir el cumplimiento, aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad —como sucede en el inc. a)—, frente al riesgo de desarrollo *es la propia ley* la que, para acabar con una cuestión que tanto debate ha suscitado, determina que

(32) *Vid*. CHALMERS, A., "¿Qué es esa cosa llamada ciencia?", Ed. Siglo XXI, Madrid, 2003; SOZZO, Gonzalo, ob. cit., ps. 95 y ss.; PIZARRO, ob. cit., p. 401. Guibourg esboza, asimismo, la siguiente crítica: "Los límites y aun el contenido genérico de la ciencia de cada época responden al consenso contingente de los científicos, y estos son seres humanos dotados de sentimientos, intereses y prejuicios. En efecto, hay muchos factores que inciden para que determinada línea de investigación predomine en ciertas épocas y para que otras líneas sean descartadas sin examen serio (...). Los límites de la ciencia, pues, parecen determinados y modelados por los factores sociales en que los científicos se hallan inmersos" (GUIBOURG, Ricardo A. *et al.*, "Introducción al conocimiento científico", Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2004, p. 193). Alguna aproximación a este argumento puede verse en CNCiv., sala H, 03/08/2009, "P., F. M. c. I. SA y otros s/daños y perjuicios", RCyS, 2009-XI-80.

(33) Pizarro se pregunta: "¿Qué debe entenderse por 'estado de conocimientos técnicos y científicos' a los fines de la pretendida eximente? ¿Se trata de aquellos accesibles al productor a través de publicaciones y estudios que circulan en su país y en su lengua o a los que podría haber obtenido en otros países? ¿Son los vigentes en la comunidad científica y tecnológica del primer mundo o los que tenemos en el subdesarrollo, la pobreza y la marginación? ¿Hay un estándar mundial? ¿Son los conocimientos existentes o solamente los conocimientos existentes y además disponibles? ¿Qué debe entenderse por esto último? ¿Cómo mitigar el riesgo de que a la luz de esta funesta eximente los consumidores de los países más pobres mansa e impunemente se conviertan en conejillos de indias del primer mundo?" (PIZARRO, ob. cit., ps. 391 y ss.).

el deudor es responsable. Es por ello por lo que aun cuando estemos ante un hecho imprevisible e inevitable que cause un daño por riesgo de desarrollo, no puede alegarse el caso fortuito como eximente de responsabilidad porque el legislador así lo ha querido —arg. inc. b)—.

En definitiva, aun las posturas que sostienen que el riesgo del desarrollo debe ser considerado *casus*, deberían aceptar que el legislador se ha decidido por atribuir los daños generados por riesgo de desarrollo al deudor.

Finalmente, en la Argentina ha habido pronunciamientos en los que se ha afirmado que la posibilidad de que los productos presenten vicios imposibles de detectar de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que ellos son lanzados al mercado es una contingencia propia del riesgo de la actividad del fabricante de medicamentos.

Tal es el caso resuelto el 03/08/2009 por la sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil **(34)**. Como se explica el fallo, el 29/05/1995 se había presentado la Sra. G. G. B. y había reclamado la indemnización de los daños y perjuicios que había sufrido al haber sido contagiada con el virus del HIV por su marido (ya fallecido), quien a su vez lo había contraído por la utilización de los productos fabricados, distribuidos y/o sugeridos por los laboratorios Baxter Inmuno SA, Aventis Pasteur SA, Gador SA y Bayer Corporation. Su marido había sido un enfermo de hemofilia y había sido tratado con productos hemoderivados. Tales productos estaban infectados por el virus del HIV. A ese cuadro se sumó que quedó embarazada, que tuvo un hijo que nació infectado y que falleció unos años después. También la actora falleció luego de iniciada la demanda. La acción fue continuada por sus otros dos hijos (que se encuentran sanos).

La mayoría conformada por los Dres. Jorge A. Giardulli y Claudio M. Kiper —el Dr. Jorge A. Mayo votó en disidencia y declaró prescripta la acción— condenó a los laboratorios demandados a responder por haber introducido en el mercado un producto que presentaba un vicio, un concentrado antihemofílico, apto para contagiar el HIV, aun cuando pudiera considerarse que los conocimientos científicos de la época no permitían conocer el vicio. Concluyó el tribunal que las codemandadas eran responsables por los riesgos de desarrollo.

La sala H decidió que, ya sea que se considerara a los hemoderivados una cosa riesgosa como tal, o sea que se tomara en cuenta el vicio que, en el caso concreto, tenían los concentrados al transmitir el virus del HIV, no cabían dudas de que el factor de atribución de responsabilidad era objetivo. Lo trascendental para la resolución de la litis era tomar posición acerca de si los riesgos de desarrollo podían ser considerados como una eximente de responsabilidad. Reseñadas ambas posturas, entendió que no podía considerarse a los riesgos del desarrollo como una casual eximente de responsabilidad en los supuestos de responsabilidad objetiva por productos elaborados. Tuvo en cuenta, *de lege lata*, que para que operara la eximente del caso fortuito, este debía ser externo a la cosa que producía el daño y que en este supuesto no lo era. Mientras que, *de lege ferenda*, consideró inconveniente permitir que el riesgo de desarrollo operara como una eximente de responsabilidad por el contexto económico, histórico y social en el que se encontraba el país. Además, juzgó que la mera sospecha de que, conociendo los laboratorios la posibilidad de que ciertas partidas del producto contuvieran un vicio, no las hubieran retirado del mercado era suficiente para justificar la adopción del criterio sustentado.

Por otra parte, la sala A, también de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con voto del Dr. Sebastián Picasso y la adhesión, en lo sustancial, de los Dres. Ricardo Li Rosi y Hugo Molteni, a fin de delimitar los alcances del caso a juzgar, hizo referencia a los riesgos del desarrollo **(35)**. El tribunal entendió en el derecho argentino no hay ninguna norma que permita exonerar al productor ante la presencia de un riesgo de desarrollo y que tampoco

(34) CNCiv., sala H, 03/08/2009, "P., F. M. c. I. SA y otros s/ daños y perjuicios", RCyS 2009-XI-80, con nota de Graciela LOVECE.

(35) CNCiv., sala A, 22/08/2012, "R., F. E. c. Bayer SA y otros s/ daños y perjuicios", LA LEY del 20/11/2012, 7, con nota de Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA.

compartía la opinión de cierto sector doctrinal que consideraba que no habría en tales casos relación causal adecuada entre el defecto del producto y el daño. Señaló como evidente que el "riesgo de desarrollo" no reunía los caracteres de esa eximente, en la medida en que la posibilidad de que se presentaran defectos no detectables a la luz del estado de los conocimientos técnicos y científicos en el momento en que el producto se lanzaba al mercado constituía una contingencia propia del riesgo de la actividad desarrollada por el productor y carecía, por lo tanto, del carácter de exterioridad característico del caso fortuito.

VI. Razones de conveniencia

Resta decir que la discusión dogmática acerca de si los riesgos de desarrollo configuran o no un caso fortuito ha sido secundaria a aquella que se vincula con la conveniencia de que el orden jurídico adopte un sistema de eximición o no de responsabilidad respecto de aquellos que introducen en el mercado estos productos nocivos.

Así se ha dado en Europa a raíz de la directiva 85/374/CEE y en nuestro país en la década de los 80 y principios de los años 90, principalmente. Los argumentos que se han esbozado en uno y otro sentido han hecho principal hincapié en criterios económicos (el incentivo para la investigación, el seguro y los costos de producción) **(36)** y esto es porque los Estados están interesados más allá de las relaciones privadas. La diversidad de opiniones en posiciones contrapuestas pone en evidencia las influencias de las grandes empresas en la política legislativa.

Larroumet sostuvo que la decisión del legislador europeo es mucho más una solución de oportunidad económica que de lógica jurídica **(37)**. Pizarro afirma: "Por más que se nos diga que la ciencia no reconoce fronteras estatales o regionales, la realidad demuestra lo contrario. Quizá esto permita entender por qué la eximente que nos ocupa es admitida en el primer mundo, gestada y pensada, por cierto, en función del paradigma de la industria química y farmacéutica, y para las cuestiones de ingeniería genética; y por qué en los países subdesarrollados —los que integran Latinoamérica, por ejemplo— se rechaza enfáticamente su vigencia. Lo que para muchos es protección de sus empresas para el mejor desarrollo de sus actividades y evitar la asfixia de la investigación, para otros es defensa de sus ciudadanos de los riesgos que dimanan del poder económico" **(38)**.

El lanzamiento al mercado de productos defectuosos puede tener ulterioridades destructivas, menoscabantes, graves e irreversibles, que pueden afectar no solamente grandes masas de personas, consumidores o usuarios, sino también el medio ambiente del entorno, con efectos que pueden atravesar la barrera temporal de las generaciones actuales. Ante este estado de cosas, el operador jurídico no debe permanecer inerte y debe adelantar las barreras de defensa del ser humano, en su integridad —sujeto basilar del derecho—, cuando así lo justifique su debida protección **(39)**.

Es cierto que nuevos productos han contribuido a acentuar el bienestar general, a mejorar las condiciones de vida y al logro y desarrollo pleno de las virtualidades del hombre que, sin tales elementos o medios industriales, no se hubieran alcanzado. Es el beneficio de la técnica volcado a la humanidad, de lo cual debemos congratularnos. Pero, paralelamente, no puede ignorarse que esos productos manufacturados, de fabricación y comercialización masivas, muchas veces han provocado daños a los usuarios o a otros terceros, sea por defectos o vicios de esos mismos productos, o por el mal uso que se hizo de ellos **(40)**.

(36) Varios autores exponen los argumentos a favor y en contra en torno a la responsabilidad por riesgo de desarrollo. Puede verse SOZZO, Gonzalo, ob. cit., ps. 79 y ss.; PIZARRO, ob. cit., ps. 396 y ss.; PRIETO MOLINERO, ob. cit., ps. 741 y ss.; TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica", Ed. La Ley, Buenos Aires 2008, ps. 506 y ss.

(37) LURROUMET, Christian, ob. cit.

(38) PIZARRO, ob. cit., p. 401.

(39) TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, ob. cit., p. 531.

(40) CASIELLO, Juan José, "Responsabilidad civil por productos elaborados (Con especial referencia a las con-

Pizarro también ha dicho que la admisión de esta eximente conduciría a una fuerte regresión en lo que han sido los grados históricos de protección del consumidor logrados en esta parte del planeta, luego de muchos esfuerzos, por razones puramente economicistas. Expresa que el desarrollo debe garantizar a los consumidores inocuidad de los bienes de consumo masivo que se lanzan al mercado. Agrega que en modo alguno ignoramos que muchas veces resulta inevitable la existencia de riesgos no detectables al momento de la introducción del producto al mercado a la luz del estado de conocimientos científicos y técnicos existentes. La pregunta es quién debe asumir, en última instancia, el costo económico de tales contingencias: ¿el accionista titular de la empresa que lucra con el producto en el mercado, en el marco de su riesgo empresario, o el damnificado? Termina diciendo que no duda de que debe serlo el primero, que es por otra parte quien lucra con su actividad y está en mejores condiciones de asegurarse y de internalizar tales costes integrándolos al precio de los productos, distribuyéndolo finalmente entre los propios consumidores **(41)**.

Trigo Represas y López Mesa destacan como argumentos a favor de que los riesgos de desarrollo no puedan ser considerados eximentes de responsabilidad los siguientes: a) en todo tipo de economía se debe garantizar la inocuidad de los productos que se lanzan al mercado masivo del consumo; b) en el moderno derecho de daños, cuando de caracterizar el vicio se trata, la óptica debe centrarse en la víctima, en este caso el consumidor, quien padece injustamente el daño, y no el elaborador; c) deben alentarse los estudios en términos de probabilidad, aunque no se conozca su dimensión (gravedad de sus consecuencias): ello supone un análisis previo de los componentes del producto, novedad, tiempo de experimentación, efectos secundarios de productos análogos, estado de la ciencia en la rama en que se va a emplear, eventuales destinatarios, etc.; d) resulta un estímulo para la puesta al día y superación de los conocimientos de la ciencia y de la técnica; e) enriquece la función preventiva, conforme a los más modernos criterios imperantes en la responsabilidad civil moderna; f) en cuanto al alegado encarecimiento de los costos, se ha señalado que los aseguradores alemanes están dispuestos a cubrir estos riesgos, con la única reserva de que no se entiendan por tales los casos en que un producto simplemente queda anticuado en relación con nuevos métodos y normas de seguridad **(42)**.

Las razones extrasistema fueron también tenidas en cuenta en el ámbito jurisprudencial: por el contexto económico, histórico y social en el que se encuentra nuestro país sería absolutamente inconveniente que se permitiera que el riesgo de desarrollo opere como una eximente de responsabilidad, como ya se ha mencionado *ut supra* **(43)**.

En definitiva, las víctimas no pueden ser sacrificadas en aras del avance de la ciencia, pues esto no se compadece con las nociones de desarrollo sustentable o calidad de vida y menos aun con los derechos humanos **(44)**.

VII. Conclusión

El denominado "riesgo de desarrollo" puede definirse como el defecto que, a la luz del estado de los conocimientos técnicos o científicos, no puede ser descubierto en el momento de ponerse en circulación un producto. La temática se encuentra subsumida en la de la responsabilidad por productos elaborados, en particular, la de los productos defectuosos o peligrosos.

La responsabilidad por productos defectuosos es una construcción surgida en la jurisprudencia de Estados Unidos, sistematizada luego en la directiva 85/374/CEE, que creó un sistema legal autosuficiente en materia de responsabilidad objetiva por productos defectuosos para los países miembros de la Unión Europea. Este modelo fue seguido por países extracomunitarios y ha influido en forma directa en la

clusiones que sobre el tema elaboraron las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil)", LA LEY, 1981-D, 1192.

(41) PIZARRO, ob. cit., p. 409.

(42) TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, ob. cit., ps. 508 y ss.

(43) CNCiv., sala H, 03/08/2009, "P., F. M. c. I. SA y otros s/daños y perjuicios", RCyS 2009-XI-80, con nota de Graciela LOVECE.

(44) BAROCELLI – GARRIDO CORDOBERA, ob. cit.

normativa de países cuyos sistemas de responsabilidad civil son muy diversos.

Si bien a nivel mundial no hay uniformidad en los diferentes sistemas jurídicos acerca de si los riesgos del desarrollo operan como eximente de responsabilidad del fabricante de un producto que es puesto en circulación, la ausencia del requisito de *ajenidad* —en su matiz vinculado con la prueba— no permite tener por configurado el caso fortuito y, por lo tanto, eximirse de responsabilidad al productor.

A partir de la sanción del Código Civil y Comercial y en virtud de lo dispuesto en el art. 1733, inc. e), a esa conclusión debe arribarse en la Argentina.

Razones de conveniencia también imponen esa solución: en el contexto económico, histórico y social en el que se encuentra nuestro país sería absolutamente inconveniente que se permitiera que el riesgo de desarrollo opere como una eximente de responsabilidad.

JURISPRUDENCIA ESENCIAL

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESCRIBANO

Mala praxis. Liquidación de la sociedad conyugal. Falta de asesoramiento. Deberes del escribano. Obligación de resultado. Perspectiva de género. Daño moral.

1. — La responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes que se hallaban a cargo del escribano resulta contundente, tanto por la documental agregada en autos como de las pruebas recabadas en el juicio tramitado ante el Tribunal Colegiado de Familia y la posterior sentencia allí recaída. De dichos elementos probatorios se desprende la pérdida del patrimonio ganancial que, en principio, le correspondía a la actora, su desarraigo, su necesaria inserción en el mercado laboral con posterioridad a la celebración de los actos instrumentados, el lógico descenso del nivel económico de vida que padeció como consecuencia de los actos concertados, los que fueron instrumentados por el notario sin el debido asesoramiento previo que tenía a su cargo y que era su obligación, y la innumerable cantidad de acciones judiciales que debió iniciar en resguardo de sus derechos.

2. — Se encuentra probado el incumplimiento por parte del escribano en la relación con la actora, en su carácter de parte interviniente en el acto notarial, de modo tal que estaba a su cargo la prueba para exonerarse de responsabilidad, prueba que no se ha producido en autos ni en los que tramitaron ante el Tribunal de Familia.

3. — Es dable destacar la contradicción en que incurre el demandado, quien en el escrito de contestación de demanda primero reconoce su deber de asesor y, luego, a renglón seguido se desdice en cierto modo al afirmar: "...el trabajo confiado a nuestro mandante no era más que volcar en un instrumento que reuniera las formalidades de ley el acuerdo ya celebrado y concertado entre ellas". Desde luego que ninguna incidencia posee en la conducta antijurídica que se le atribuye, el hecho de que la actora fuera una persona adulta, capaz y con preparación universitaria, pues estas cualidades en modo alguno lo eximían de cumplir con sus deberes legales.

4. — Estamos ante un supuesto de responsabilidad profesional cuyo factor de atribución es objetivo puesto que la obligación asumida por el notario en su desempeño profesional es de resultado.

5. — Cabe poner de resalto, que no se le atribuye violencia económica al notario sino que la actora postula —con toda razón— que el análisis del caso ha de ser evaluado a la luz de los tratados internacionales que protegen a la mujer y por los cuales se les impone a los Estados la obligación de garantizar el principio de igualdad y de adoptar medidas para la eliminación de toda discriminación que pudiera perpetrarse en su contra en los asuntos relacionados con el matrimonio, ya sea durante su vigencia o disolución.

6. — No puede eludirse bajo pretexto alguno un juzgamiento sin atender a una perspectiva de género que se impone a partir de las circunstancias que rodean el caso y que permiten inferir la evidente situación de desventaja en que se hallaba la actora frente a los actos que se efectivizaron por ante el escribano, no solo por su condición de mujer sino por el rol que tenía en la relación de pareja, su condición de ama de casa ajena a los negocios comerciales y al manejo del patrimonio de la sociedad conyugal. Y si bien el demandado insiste en que la ignorancia que invocó la actora habría quedado absolutamente desvirtuada por ser esta profesora en ciencias económicas, con lo cual sostiene que cuenta con un conocimiento medio, no puede eludirse que en autos ha quedado acreditado que la demandante comenzó a trabajar en el ámbito educativo, pero con posterioridad a la celebración de los actos cuestionados y del divorcio vincular.

7. — No se juzga aquí la incomprensión de los actos por parte de la actora sino la realización de estos sin contar antes con el debido asesoramiento legal en cuanto a sus efectos que pesaba sobre el escribano. Por lo tanto, resultan insuficientes las afirmaciones que vierte el demandado en su alegato oral en cuanto sostiene la comprensión del hecho al momento de la firma por parte de la actora en función que del citado peritaje psicológico surge que ella dijo que "los hechos fueron relatados de modo ordenado y claro, dando cuenta de sus recursos cognitivos al momento de firmar la documentación" o en cuanto a que de las declaraciones testimoniales de los hijos se desprende que "se plasmó un acuerdo familiar que todos conocían perfectamente lo que se estaba firmando".

8. — Se configura aquí un supuesto de acreditación del daño por sí mismo, ya que aparece sufi-

cientemente demostrado por ser una consecuencia lógica de las afecciones que provocaron en la actora la suscripción de la escritura sin contar con el debido asesoramiento previo y las consecuencias negativas que se prolongan hasta el presente.

CCiv. y Com., Rosario, sala II, 08/07/2021. - O., D. F. c. T., C. E.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/124799/2021]

COSTAS

Se imponen al demandado.

CUIJ 21-02889790-9

2ª Instancia.- Rosario, julio 8 de 2021.

1ª ¿Es nula la sentencia impugnada? 2ª En su caso ¿Es justa? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Muñoz* dijo:

El recurso de nulidad interpuesto por la actora a fs. 150, no ha sido fundado en esta instancia de manera autónoma, no obstante, lo cual cabe efectuar las siguientes reflexiones a tenor de la arbitrariedad invocada en su escrito recursivo de fs. 180/191.

El objeto del recurso de nulidad es resguardar la garantía constitucional del debido proceso y procede siempre que exista una indebida restricción al derecho de defensa, por violación u omisión de las formas y solemnidades sustanciales que establecen las leyes (CCC Sta. Fe, Sala 1ª, Z 29-R/15), de modo que, en principio, toda cuestión vinculada a la justicia intrínseca del fallo debe canalizarse a través del recurso apelación (CCC Ros., Sala 4ª, Z 27-R/11).

En este contexto, y dado que los agravios expuestos por la recurrente versan sobre cuestiones de fondo, es que no se detectan nulidades que deban ser declaradas de oficio (arts. 360 y 361, Cód. Proc. Civ. y Comercial) y que los cuestionamientos pueden ser tratados por la vía de la apelación, el caso resulta captado por el principio de subsidiariedad del recurso de nulidad y por la consecuente "absorción" por el recurso de apelación. Ello porque "cuando los gravámenes del recurrente encuentran suficiente remedio en la revocación de la sentencia apelada (haciendo progresar el recurso interpuesto), no procede declararlo nulo" (Jorge W. Peyrano, "Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial", Zeus, p. 180).

En términos de Carnelutti, en casos como el presente, cabe dar paso entonces al principio de "absorción de la invalidación por la impugnación", de modo que como consecuencia de la absorción del recurso de nulidad por el de apelación, y con la finalidad de resguardar el principio de validez de los actos jurisdiccionales, corresponde que el juzgador trate las impugnaciones deducidas a título de nulidad como agravios en el marco del recurso de apelación, subsanando todos los defectos de construcción que la resolución en sí misma contenga y modificando el fallo de primera instancia sin declarar su nulidad, pues: "Cuando los agravios pueden ser reparados por el recurso de apelación, no corresponde considerar el recurso de nulidad" (LA LEY, 1999-E, 54).

En el caso de autos, dado que no se advierten vicios extrínsecos en el procedimiento ni en la sentencia que autoricen la declaración de invalidez de oficio y que los agravios pueden ser tratados a título de apelación, corresponde desestimar este recurso.

Voto, pues, por la negativa.

El doctor *Molina* expresó idénticos fundamentos a los vertidos por el doctor *Muñoz* y votó en igual sentido a la primera cuestión.

El doctor *Bentolila* dijo:

Que, advirtiendo la existencia de dos votos totalmente concordantes, se abstenía de votar (art. 26, LOPJ).

2ª cuestión. — El doctor *Muñoz* dijo:

1. El caso.

La actora accionó contra el escribano demandado, por la suma de $250.000.- (doscientos cincuenta mil pesos) o la que en más o en menos determine el tribunal, por los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento de sus deberes profesionales, atento a no haberle brindado el asesoramiento correspondiente a los actos realizados por su intermedio el 2 de noviembre de 2015, conforme enuncia en sus escritos de demanda y de ampliación de esta.

El demandado efectuó una negativa general y particular de los hechos relatados, pero reconoció su intervención en los actos de escrituración y certificación de firmas así como también el contenido de los documentos públicos en los que se basa la accionante. Invocó la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes intervinientes y el pleno consentimiento de estas en torno a los actos celebrados y, en consecuencia, solicitó el rechazo de toda responsabilidad porque su desempeño fue ajustado a derecho.

2. La sentencia impugnada (v. fs. 135/142).

2.1. El juez de primera instancia rechazó la demanda incoada, con costas a la accionante (art. 251, Cód. Proc. Civ. y Comercial) por cuanto sostuvo —esencialmente—:

a) "Si bien es correcto entender que la responsabilidad por falta o defecto en el asesoramiento puede fundarse en que la tarea notarial no puede reducirse a la mera confección de documentos (dar forma a los actos pasados ante su registro), puesto que el escribano debe ilustrar a las partes acerca de los alcances del negocio, conveniencia o inconveniencia, etc., comprometiéndose a observar un plan de prestación enderezado a brindar un 'consejo jurídico eficaz', es menester ponderar que ese deber de responder como profesional frente a esta observación recientemente aludida cesa cuando el supuesto daño ocasionado resulta de la culpa de una o ambas partes otorgantes o de un tercero, jugando aquí un eximente de responsabilidad" (v. fs. 140 vta., párr. 4°);

b) en función de lo establecido por los otorgantes del acto en las cláusulas primera ("Que manifiestan bajo declaración jurada: 1) Que son plenamente capaces para otorgar el presente acto y que no pesa sobre ellos ninguna sentencia judicial de incapacidad") y segunda ("A tal efecto, las partes prestan conformidad con las tasaciones efectuadas privadamente, y declaran haberlas realizado cada uno de ellos con el asesoramiento de profesionales en la comercialización de cada tipo de bienes". Que manifiestan bajo declaración jurada...), cabe ponderar la conducta de las partes teniendo en cuenta la doctrina de los actos propios (v. fs. 141, párr. 3°, 4° y 5°);

c) de los juicios tramitados ante el Tribunal Colegiado de Familia N° 4, que fueron ofrecidos como instrumental, se colige que "las demandas allí entabladas se orientan a obtener del ex cónyuge —Sr. S.— una modificación del acto jurídico del régimen patrimonial —que es el contenido objeto del instrumento base de esta demanda—, más una percepción de utilidades en relación a todos los bienes distribuidos entre los que fue el régimen patrimonial del matrimonio entre la hoy actora y el Sr. S., todo con su debida cautelar allí otorgada" y "... las pruebas (confesional, testimoniales, instrumentales y periciales) dan cuenta que las partes que conformaban aquel régimen patrimonial del matrimonio tenían pleno conocimiento de lo que allí estaban firmando, pudiendo afirmar para este caso en estudio que las partes estaban en plena capacidad de entendimiento de lo que estaban firmando; así lo determina —específicamente— el informe del perito psicólogo glosado..." (v. fs. 141 vta., párr. 5° y 6°);

d) "los oficios contestados y agregados a estos autos principales (fs. 77/97 y 114/132) se deduce que la actora posee conocimientos y prácticas laborales con capacitación más elevada que un nivel secundario que hacen presumir de plena capacidad de entendimiento en cuanto a los actos por ella llevados adelante...", lo cual sumado a los elementos citados en el punto anterior conllevan a encuadrar la actuación de la actora como un eximente de responsabilidad, además de que no puede hacerse cargar al profesional por el supuesto abuso del derecho que se produjo con el acto, pues actuó "... como controlador del instrumento continente del acuerdo de partes" y "el trabajo confiado... no fue más que volcar en un instrumento privado el acuerdo ya celebrado..." (v. fs. 142, párr. 2° y 3°);

e) "... hace a la convicción de este sentenciante que no se ha demostrado autoría del accionado sobre algún hecho que pueda entenderse como un incumplimiento de sus obligaciones, faltando así el principal de los elementos específicos y fundantes de la Teoría de la Responsabilidad, cual es el hecho generador, deviniendo en abstracto el tratamiento de los demás elementos integrantes de la misma..." (v. fs. 142, párr. 4°).

2.2. Contra ese pronunciamiento se alzó la actora a través de los recursos de nulidad y apelación, que fueron concedidos por el decreto del 28 de febrero de 2020, dictado a fs. 157. Radicados los autos en esta Sede, la recurrente expresó sus agravios a fs. 180/191, los que fueron contestados por su contraparte a fs. 197/200. Y, una vez firme la providencia de autos para sentencia (v. fs. 205/206 y 208/209), quedaron los presentes en estado de resolver.

3. La expresión de los agravios y su réplica (v. fs. 180/191 y 197/200, respectivamente).

3.1. La actora esgrime seis argumentos contra la sentencia de primera instancia, los que desarrolla extensamente en su escrito recursivo y a partir de los cuales postula su revocación y la consiguiente admisión de la demanda, con costas. Sus reproches se ciñen a las siguientes cuestiones:

a) el juez omitió valorar y considerar los extremos que quedaron debidamente probados en autos, entre estos, que el escribano reconoció —en su declaración testimonial— su falta de cumplimiento del deber de asesorar a la actora, con lo cual desconoce prueba decisiva para la solución del caso;

b) existió arbitrariedad en la valoración de la prueba, desde que el supuesto acuerdo previo entre las partes en el que el juez funda la responsabilidad no existió, pues "... el Escribano no conocía la voluntad

de D. O. y mucho menos de la existencia de un 'presunto acuerdo previo' al momento en que debió asesorar. De todos modos aún en caso de haber existido un acuerdo, este no lo habría eximido del deber de asesorar jurídicamente sobre el contenido y en especial respecto de las severas consecuencias del mismo para O." (v. fs. 181 vta.) y, por otro lado, con relación a la capacidad de la actora para comprender el acto "... omite considerar que con la misma prueba documental obrante en autos, quedó acreditado que desde que contrajo matrimonio hace casi treinta años atrás (a la fecha del acto notarial) nunca ejerció como docente, y se desempeñó solo como ama de casa... a la fecha de la firma el escribano ignoraba los estudios que tres décadas atrás había realizado ella, ignoraba también la ocupación de la otorgante, ama de casa, pues en la escritura no constan la ocupación de cada firmante. Pero el escribano no ignoraba, que C. S. era y es asesor de empresas en lo comercial económico-financiero y patrimonial esto lo sabía por su larga relación profesional con el ex cónyuge de la Sra. O. todo lo cual quedó probado en la absolución de posiciones de C. S. en la instrumental mencionada..." (v. fs. 182, punto 2);

c) se incurrió en contradicciones desde que luego de reconocer el Juez la responsabilidad del notario, afirma: "... 'el trabajo confiado al escribano no fue más que volcar en un instrumento privado el acuerdo ya celebrado... relevándolo del cuidado de ciertas diligencias (la de asesorar?!) y solo debiendo controlar el acto según sus obligaciones como escribano de registro...'. Para esto el sentenciante se limitó una vez más y sin fundamentación alguna a hacer suyas en forma textual las palabras del accionado en su conteste, porque no existe norma alguna que faculta al escribano a 'volcar' en la escritura un presunto acuerdo de los firmantes eximiéndolo de su deber de aconsejar. Más aun cuando la desproporción en las adjudicaciones por la partición era y es tan evidente (art. 332 Cód. Civ. y Comercial)..." (v. fs. 183 vta.), máxime si se tiene en cuenta que "las partes no estaban en igualdad de condiciones: S. estaba jurídicamente respaldado por la presencia de su letrado Dr. García Beltrame, la Sra. O. se encontraba sola sin asesoramiento o consejo jurídico alguno, lo cual debió advertir el escribano" (v. fs. 184);

d) hay arbitrariedad en la sentencia puesto que "no considera que el Escribano al redactar el instrumento, no pudo dejar de advertir Que estaba plasmando injustificadas, inequitativas desproporcionadas y lesivas adjudicaciones", no vincula las normas de la responsabilidad civil que invoca a la conducta demandada, omite que "... ha sido señalado como hecho generador del daño la omisión de cumplimiento de la obligación de asesorar del notario" (v. fs. 184/185, puntos 1, 2 y 3);

e) se cometieron groseras omisiones, en tanto existió, por un lado, "absoluta omisión del tratamiento de la ampliación de la demanda y de los hechos nuevos denunciados contenidos en la misma", que demuestran que el demandado "convalidó una farsa por la que se le hizo creer a D. O. que sería titular de un Inmueble de cuya nuda propiedad eran y son titulares sus hijos inmueble del que resultó ser simple administradora mediante un Poder otorgado por los mismos con posterioridad, por escritura pasada también por ante el escribano T. sin eximición de rendir cuentas. Todas ellas evidentes maniobras de violencia de género económica" (v. fs. 185 vta./186) y, por otro lado, "omisión absoluta del tratamiento del punto iv.- de la demanda: 'violencia de género económica'", frente a la cual "Las respuestas judiciales deben liberarse del mandato cultural, abandonar la visión reduccionista del problema y comprometerse en la construcción de los estándares necesarios para acabar con esta inaceptable forma de discriminación de la mujer" (v. fs. 186 últ. parte y vta.); y

f) se efectuó una errónea aplicación del derecho, por cuanto "conforme las palabras del *a quo* la obligación de asesorar del escribano surgiría solo si interviniese un incapaz en la suscripción de una escritura. esto es absurdo y contrario a derecho" (v. fs. 187 vta.) y "... hace mención a que no es aplicable el abuso del derecho como eximente de la teoría de la autonomía de la voluntad y que, en todo caso jugaría su aplicación en la acción incoada por la actora por ante el Tribunal de Familia contra su ex cónyuge, convalidando la conducta del escribano siendo que fue él quien modeló en el texto de la escritura semejante abuso del derecho de una de las partes sobre la otra" (v. fs. 188 y vta.).

3.2. El demandado replicó los agravios articulados por su contraparte y solicitó la confirmación de la sentencia de grado por considerar que satisface adecuadamente el derecho a la jurisdicción, encuentra apoyo en las pruebas aportadas y en las constancias de la causa con base en los motivos que esboza en su memorial recursivo, a los que se remite en honor a la brevedad.

4. La solución del caso.

4.1. El derecho Aplicable.

A fin de resolver adecuadamente el asunto traído a estos estrados, cabe aclarar primeramente que el presente litigio se circunscribe a actos celebrados cuando ya se encontraba vigente el actual Código Civil y Comercial, por lo que la labor revisora se circunscribe a dicho contexto jurídico, por ser el que regía al momento de los hechos que motivaron la presente acción de daños y perjuicios (noviembre de 2015 y junio

de 2016), todo ello de acuerdo a lo dispuesto en el art. 7 del Cód. Civ. y Comercial.

4.2. Examen de la plataforma fáctica, la litis y la materia recursiva.

4.2.1. La actora relató que el 2 de noviembre de 2015, concurrió a la escribanía del demandado y allí se instrumentó en una escritura pública la modificación del régimen patrimonial del matrimonio y la adjudicación por partición de bienes, la cual fue otorgada por ella y quien era su esposo por entonces, pero no solo fue suscripta por ambos sino también por dos de sus hijos (v. fs. 6/9). Luego, agregó en la ampliación de demanda que en esa misma fecha, se procedió a la certificación de las firmas de un acuerdo privado, celebrado por ambos cónyuges, en el que —además de lo ya estipulado— convenían que el Sr. S. le abonaría mensualmente cierta suma de dinero durante tres años y también ella recibiría el total del canon locativo de un inmueble, respecto del cual los hijos en un plazo de seis meses le otorgarían la nuda propiedad (v. fs. 65/66), operación esta que sería solventada por el mencionado.

En ese contexto, le atribuye al notario que, en tal oportunidad, no cumplió con sus obligaciones, puntualmente, la de asesorar sobre el contenido de los actos que se llevaban a cabo y de controlar que se ajustasen a derecho, con lo cual permitió su concreción y, de tal modo, su ex esposo se quedó con la totalidad de la masa de los bienes gananciales, excepto un automotor de escaso valor que fue el único bien que le fue adjudicado, todo lo cual denota una evidente desproporción en la distribución, una absoluta inequidad y una desnaturalización del principio de la autonomía de la voluntad que le ocasionó la insolvencia.

Asimismo, puso el acento en la clara ignorancia que tenía sobre los aspectos legales que se convenían, lo cual podía colegirse de la diferente posición de los cónyuges, siendo que su ex esposo era asesor de empresas en lo comercial, económico-financiero y patrimonial, mientras que ella era una simple ama de casa siendo, por lo tanto, la parte débil de la relación y la única que no estaba jurídicamente asesorada, en tanto el mencionado se encontraba asistido por su abogado (quien a su vez es el representante del demandado en estos autos). Invocó también una situación de violencia de género económica que se vislumbra en los actos celebrados entre los ex cónyuges que amerita tener en consideración los tratados de derechos humanos con rango constitucional, específicamente la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Por lo demás, en su escrito de ampliación de demanda, manifestó que el 16 de junio de 2016 se labró la escritura restante, por medio de la cual sus tres hijos le otorgaron poder especial de administración y disposición del inmueble sito en calle ... (v. fs. 61/64) pero sin eximirla de rendir cuentas, por lo cual invocó que no solo fue perjudicada por la falta de asesoramiento sino que fue inducida por error y engañada por una maniobra que no podía ser desconocida por el Escribano, quien incurrió en mala praxis por incumplimiento de sus deberes, o bien, connivencia con su ex marido —quien era su cliente— para perjudicarla económicamente.

4.2.2. El demandado alegó que fueron las partes interesadas en que se llevase a cabo el acto jurídico quienes lo condujeron a actuar de la manera que lo hizo, puesto que "la negociación ya estaba concertada y la voluntad de las partes fue explícita y expresa en tal sentido, solicitando la intervención del notario al solo efecto de elevar a escritura pública un acuerdo privado ya celebrado" (v. fs. 52 vta.).

Arguye entonces en su contestación de demanda —lo cual ratifica en su alegato en la audiencia oral— que "la accionante no puede volverse contra sus propios actos, dado que el acuerdo de partición lo ha suscripto como persona adulta y jurídicamente capaz. No hubo por parte de la actora, ignorancia o error con referencia a las consecuencias del acto que celebraba ante el notario, así como tampoco el ejercicio de violencia física...", desde que "... ambas partes conocían el contenido y consecuencias del acto a suscribir, no solo por la lectura del acto por parte del notario, sino también por las circunstancias que rodearon al mismo. Se trataba pues, de una negociación privada y decisión absoluta de las partes, que como tal respondía a la entera voluntad de las mismas, y que solo requería el otorgamiento de la escritura pública con el único e inequívoco fin de cumplimentar los requisitos legales establecidos por el código de fondo" (v. fs. 48 y vta. y video grabación de la audiencia de producción de pruebas y alegatos).

4.2.3. De un primer examen de los hechos relatados por las partes, cabe señalar que ambas reconocen los actos celebrados con su intervención así como la participación del notario, ya sea en la instrumentación del acto celebrado o con la certificación de firmas.

Por otra parte, surge de la copia de la escritura glosada a fs. 6/9, que la misma fue suscripta por dos de los hijos que tienen en común los ex cónyuges pese a ser ajenos al acto allí contenido, tal como adujo la accionante, así como también que los hijos no firmaron el acuerdo privado con firmas certificadas ante el escribano, pese a que en el punto 3), se convino que la actora recibiría la nuda propiedad que detentaban los mismos respecto del inmueble (sobre el cual aquella ostentaba el 50% del usufructo) y que dos de ellos se

encontraban presentes en el lugar, según documental adjunta a fs. 65/66. Si bien no se trata de un dato determinante para la solución del litigio, es un alto indicio del entorno que se configuraba alrededor de la actora al momento de la firma de la escritura, donde aparece una supuesta contención y acuerdo familiar que en lo único que deriva es en un claro perjuicio patrimonial a una semana de estar separada de hecho del padre de sus hijos.

De acuerdo con los planteos de las partes, se observa que el litigio no ha quedado reducida a una cuestión de puro derecho —como alegó el demandado en la audiencia oral— sino que se debía verificar si de conformidad con las constancias de la causa era procedente la atribución de responsabilidad pretendida.

4.3. El análisis de los agravios reseñados al punto 3.1. conlleva, en definitiva, a revisar el tratamiento de los presupuestos de la responsabilidad que se achaca al demandado y que funda la acción, a la luz de las probanzas colectadas en el juicio.

Por lo tanto, se procederá al estudio conjunto de los reproches a medida que se avanza en el re examen de la cuestión de fondo que delimitó el debate en primera instancia y que, frente al rechazo de la acción entablada, constituye ahora el núcleo de la materia recursiva.

4.4. La atribución de responsabilidad.

4.4.1. La conducta antijurídica y el factor de atribución.

a) Estamos ante un supuesto en el que se le atribuye al escribano la responsabilidad civil por haber incumplido con el deber de asesoramiento que tenía a su cargo, obligación esta que es reconocida por el accionado en su contestación de demanda, cuando expresó: "Es cierto que es un deber fundamental del Escribano el asesorar y controlar que aquel acto del cual da fe se ajuste a derecho" (v. fs. 45, párr. 2°) pero que: "Es absolutamente falso que... no hubiere dado estricto cumplimiento a sus deberes notariales" (v. fs. 45, últ. párr.) y que "... luego de explicar las conveniencias y consecuencias jurídicas de modificar el régimen de comunidad por el de separación, y no encontrándose viciada la voluntad de ninguno de los otorgantes, el notario procedió a instrumentar el acto en crisis" (v. fs. 46, párr. 3°).

Existe un amplio consenso en la doctrina científica moderna acerca de que el escribano no reviste la calidad de funcionario público pero que su actividad excede la meramente privada. Se lo califica como un profesional de derecho que ejerce una función pública (Ver Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los escribanos", en Bueres, A. J. (dir.) y Highton, E. I. (coord.), "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", T. 4B, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 734; Bustamante Alsina, "Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Buenos Aires", Abeledo-Perrot, 1987 (5ª ed.), §1451, p. 473; Calvo Costa, Carlos A., "La responsabilidad civil notarial", en Doctrina Judicial, Buenos Aires, LA LEY, 08/03/2006 (cita online AR/DOC/1006/2006); Compagnucci de Caso, Rubén H., "Responsabilidad de los escribanos", en LA LEY, Buenos Aires, LA LEY, T. 1999-B (cita online AR/DOC/4945/2001); De Cupis, Adriano, "La responsabilidad civil del notario", en Revista del Notariado, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 634, 1957, p. 456; Ferrari Ceretti, Francisco, "Responsabilidad civil del escribano", en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, T. 1986-II, p. 722; Gregorini Clusellas, Eduardo L., "Honorarios del escribano designado irrevocablemente en caso de reemplazo incausado", en LA LEY, Buenos Aires, LA LEY, T. 1989-B (cita online AR/DOC/7019/2001); Lloveras de Resk, María E., "La responsabilidad civil del escribano público", en El Derecho, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, T. 105, 1984, p. 929; Piñón, Benjamín P., "Responsabilidad de los escribanos públicos", en Stiglitz, R. S. y Trigo Represas, F. A. (dirs.), Derecho de daños. En homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, La Rocca, 1988, p. 498; Savransky, Moisés J., "Función y responsabilidad notarial", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 115).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación siguió esta misma postura por la que en algunos precedentes; así, el 18 de diciembre de 1984, en la causa "Vadell", dijo: "10) [...] si bien no caben dudas de que el fedatario cumple una función pública por la investidura con la que el Estado lo somete a su superintendencia [...]... En efecto, no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra, no está sometido al régimen de jerarquía que le es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la Administración como puede serlo, en su medida, la remuneración...11) Que en tales condiciones, se lo puede definir como un profesional del derecho afectado a una actividad privada, pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública... CSJN, 18/12/1984, "Vadell, Jorge F. c. Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización", apartados 10 y 11 (Fallos: 306:2030; LA LEY, T. 1985-B; Expresó similar línea de pensamiento el 10/05/2005, en "Badaro, Marcelo c. Provincia de Santiago del Estero" (Fallos: 328:1421): "es un profesional del derecho afectado a una actividad privada, con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, en tanto sus actos, vinculados al comercio jurídico privado dan fe de esas relaciones privadas").

Sobre la temática de la responsabilidad de los escribanos se explica que: "La función notarial inherente al documento es unitaria y comprende las siguientes tareas: 1) El asesoramiento de las partes. 2) La confección del documento —que supone la satisfacción de varios recaudos, entre ellos, el apropiado estudio de títulos—. 3) La labor fedante o autenticadora. 4) La conservación del protocolo y el deber de expedir copias de las escrituras.

"Asimismo, el notario debe cumplir la legislación registral, realizando los actos previos necesarios para confeccionar un documento eficaz y un negocio sustancialmente válido, y los actos ulteriores vinculados con la tarea inscriptora" (Bueres, Alberto, "Responsabilidad civil del escribano", Hammurabi, Buenos Aires, 1984, p. 83).

En lo que atañe al deber que subyace en el conflicto de autos, deviene importante recordar lo que desde hace tiempo tenía dicho este destacado autor: "En algún tiempo la doctrina retaceó la importancia del asesoramiento que el notario ha de efectuar respecto de las partes. De esta manera, se tendió a irresponsabilizar al profesional por la falta de eficiencia en sus consejos, reduciéndose —por ese camino— el tenor de las tareas notariales al considerárselas proveniente de un simple confeccionador de documentos.

"El criterio resulta inaceptable en la actualidad, pues la doctrina y las numerosas conclusiones obtenidas en convenciones y congresos, coinciden en que el escribano no puede limitarse a dar forma a los actos pasados ante su registro, sino que debe ilustrar a las partes acerca de los alcances del negocio, de su conveniencia, inconveniencia, etcétera" (Bueres, ob. cit., ps. 84 y 85).

En sentido coincidente, se ha expresado: "Anteriormente, la doctrina restaba importancia al asesoramiento que podía efectuar el notario a las pares, Se consideraba al escribano como un simple documentador. Hoy el criterio ha evolucionado. El notario debe recoger la voluntad de los sujetos negociales, interpretarla, encuadrarla jurídicamente, asesorarlos, explicarles el contenido del acto que quieren instrumentar, sus alcances, inconvenientes, etcétera" y a fin de resguardar su responsabilidad profesional se ha indicado que ante cuestiones en torno a las cuales existieren diferentes posturas: "En la práctica notarial, muchos escribanos hacen firmar a las partes una declaración en la que admiten conocer tales divergencias doctrinales" (Di Próspero, Mariana, Responsabilidad profesional del escribano, en "Responsabilidad profesional 2", dirigida por Carlos A. Ghersi, Astrea, Buenos Aires, 1995 p. 44).

Ahora bien: no obstante su denodado esfuerzo por negar la conducta omisiva que se le endilga, lo cierto es que esta ha sido debidamente acreditada en función de los propios dichos del demandado, quien el 22 de mayo de 2018, declaró como testigo ante el Tribunal Colegiado de Familia N° 4 de esta ciudad (en los autos caratulados "O., D. F. c. S., C. E. s/ otras acciones no nomencladas", CUIJ 21-02881437-9, causa que fue ofrecida como prueba instrumental y que fuese remitida a este Tribunal en fecha 15 de junio de 2021 —fs. 238—) cuyo testimonio fue reconocido en autos al contestar la demanda, v. fs. 47, párr. 2°). Al ser preguntado acerca de su actuación profesional y el cumplimiento de sus deberes notariales en los actos objeto del litigio, contestó: "... estando todos presentes, leí la escritura en su totalidad, y todos firmaron de conformidad..." y luego, al ser repreguntado en dos oportunidades en torno al asesoramiento a la Sra. O., se remitió a lo expresado precedentemente.

Lo expuesto deja al descubierto el incumplimiento que se le achaca, pues —a pesar de que el demandado asevera haber dado cumplimiento a los deberes notariales y por tal motivo niega enfáticamente la mala praxis que se le atribuye— no puede soslayarse que la mera lectura del documento instrumentado lógicamente que no implica el asesoramiento profesional respecto de las consecuencias del acto que se suscribe ni mucho menos de conveniencia o inconveniencia para las partes.

A su vez, es dable destacar la contradicción en que incurre el demandado, quien en el escrito de contestación de demanda primero reconoce su deber de asesor y, luego, a renglón seguido se desdice en cierto modo al afirmar: "... el trabajo confiado a nuestro mandante no era más que volcar en un instrumento que reuniera las formalidades de ley el acuerdo ya celebrado y concertado entre ellas" (v. fs. 45, párr. 4°).

Desde luego que ninguna incidencia posee en la conducta antijurídica que se le atribuye, el hecho de que la actora fuera una persona adulta, capaz y con preparación universitaria, pues estas cualidades en modo alguno lo eximían de cumplir con sus deberes legales.

b) Estamos ante un supuesto de responsabilidad profesional cuyo factor de atribución es objetivo puesto que la obligación asumida por el notario en su desempeño profesional es de resultado, tal como lo sostiene la doctrina que asiste a la postura mayoritaria, entre quienes se encuentran notables juristas, entre ellos Bueres, quien indica: "La obligación de asesorar a las partes es de fines. El escribano, al igual que el abogado, se comprometen a observar un plan de prestación enderezado a que se obtenga un consejo jurídico eficaz (deber de resultado)" (ob. cit., p. 85).

En este sentido, Bustamante Alsina ha indicado: "En cuanto a la naturaleza de la obligación es, sin duda, una obligación de resultado pues el escribano se compromete al otorgamiento de un instrumento válido en cuanto a las formalidades legales que él debe observar como autorizante" ("Teoría general de la responsabilidad civil", 8ª ed. ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 528; v. tb. El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX, en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", Homenaje al Prof. Dr. Atilio Aníbal Alterini, Abeledo-Perrot, Buenos Aries, 1997, p. 15).

Con igual criterio, Trigo Represas señala: "... en general nuestra doctrina y jurisprudencia entiende que el contrato que se concluye entre el notario y su cliente es de locación de obra, siendo la obligación por él asumida de resultado, dado que el escribano se compromete: a otorgar un instrumento válido en cuanto a las formalidades legales que el mismo debe observar como autorizante, y a su inscripción en su caso en el registro respectivo, para que el negocio jurídico ante él pasado adquiera eficacia *erga omnes*" (Responsabilidad civil de los escribanos, en "Responsabilidad civil de los profesionales", Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 130 y "La responsabilidad del escribano público", en Morello, Augusto, Agoglia, María M., Boragina, Juan P., Meza, Jorge A. (coords.), "Las responsabilidades profesionales", libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno, Librería Editora Platense, La Plata, 1992, p. 350).

En este entendimiento se ha afirmado que: "... la responsabilidad civil del notario por el ejercicio de la fe pública es de naturaleza objetiva, es decir que sobre él reposa el deber objetivo de reparar cuyo factor de atribución es la seguridad. Para eximirse de responsabilidad el notario debe acreditar que existió caso fortuito (art. 514, Cód. Civil), fuerza mayor o una causa ajena estrictamente clasificada por la ley, que debe determinar exactamente cuáles son los hechos que liberan de responsabilidad" (Gasparoti, Viviana, "La responsabilidad civil del notario", en Revista de Derecho de Daños, 2005-1: Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos), dirigida por Ricardo Luis Lorenzetti y Julio César Rivera, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 239, citando a Bueres, op. cit., p. 60 y Alterini, Atilio A., Caso Fortuito, en Alterini, Atilio A. y López Caban, Roberto M., "Enciclopedia de la Responsabilidad Civil", Buenos Aires, 1997, T. II, p. 104 y ss.).

Cabe entonces poner de resalto que más allá de las distintas posturas que se entroncan en materia de la responsabilidad bajo estudio: "Es claro para quienes pregonan que el escribano está objetivamente obligado —postura que aquí se sostiene—, que dicho profesional tendrá que demostrar la ruptura del nexo causal (casus) para lograr eximirse de responsabilidad (doctrina que recoge el Cód. Civ. y Comercial). Mientras que para los que sostienen que sobre el notario pesa una presunción de culpa (*iuris tantum*), el notario podrá desvirtuar dicha presunción demostrando su actuar diligente (prueba de la no culpa). Y tenemos exponentes de todos los colores posibles" (Padilla, Rodrigo y Padilla, Javier, "Sobre la función del notario y su consecuente responsabilidad civil", LA LEY, 2017-B, 292, AR/DOC/625/2017).

De todos modos, valga destacar por último que aún la doctrina que considera que el asesoramiento notarial es una obligación de medios, señala: "El escribano solo se compromete a brindar un asesoramiento jurídico diligente. Por ello, sí deberá responder de los daños que se deriven de la instrumentación de un acto que ostente un riesgo significativo de ser atacado" y en torno a ello se entiende que: "Es aconsejable, sin embargo, que el escribano informe a los otorgantes de los riesgos que pueden presentarse en instrumentaciones de actos jurídicos con dudas científicas significativas, con el objetivo de afrontar sólidamente eventuales reclamaciones de daños. Con esta orientación, apunta Le Tourneau: Los notarios deber tener la precaución de preconstituir las pruebas de su diligencia [...] es prudente de hacerse escribir por la propia mano de sus clientes un documento firmado por ambos, donde en términos simples se deje constancia de lo sustancial del consejo" (Alterini, Ignacio E., "Alcances del deber de responder del escribano en el Código Civil y Comercial", Revista 934, octubre - diciembre 2018, citando a López Mesa, Marcelo J. y Trigo Represas, Félix, A., "Responsabilidad civil de los profesionales", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, ps. 287/288).

c) En otro orden de ideas, cabe poner de resalto, que no se le atribuye violencia económica al notario sino que la actora postula —con toda razón— que el análisis del caso ha de ser evaluado a la luz de los tratados internacionales que protegen a la mujer y por los cuales se les impone a los Estados la obligación de garantizar el principio de igualdad y de adoptar medidas para la eliminación de toda discriminación que pudiera perpetrarse en su contra en los asuntos relacionados con el matrimonio, ya sea durante su vigencia o disolución. (cfr. arts. 2 y 16, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer).

Al respecto, son numerosos los instrumentos internacionales que brindan amparo a los derechos invocados pues no solo es el instrumento enunciado sino, especialmente, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —más conocida como "Convención de Belem Do Pará"—, las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, así como también aquellos otros tratados internacio-

nales de derechos humanos que no refieren únicamente a las mujeres (v. gr. Pacto de San José de Costa Rica, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Por cierto, este extremo legal ha sido reconocido por el demandado (v. fs. 45 vta., punto II D), además de ser suma importancia y correctamente invocado por la actora para fundar su pretensión, puesto que no puede eludirse bajo pretexto alguno un juzgamiento sin atender a una perspectiva de género que se impone a partir de las circunstancias que rodean el caso y que permiten inferir la evidente situación de desventaja en que se hallaba la actora frente a los actos que se efectivizaron por ante el escribano, no solo por su condición de mujer sino por el rol que tenía en la relación de pareja, su condición de ama de casa ajena a los negocios comerciales y al manejo del patrimonio de la sociedad conyugal.

Valga señalar que el demandado insiste en que la ignorancia que invocó la actora habría quedado absolutamente desvirtuada por ser esta profesora en Ciencias Económicas, con lo cual sostiene que cuenta con un conocimiento medio y, por lo tanto, dista de ser una persona ignorante como sostuvo, pero no puede eludirse que en autos ha quedado acreditado que la demandante comenzó a trabajar en el ámbito educativo pero con posterioridad a la celebración de los actos cuestionados y del divorcio vincular —por caso de necesidad— que tuvo por disuelto el matrimonio con su ex marido (v. fs. 116/132, respuesta al oficio cursado al Ministerio de Educación).

No se juzga aquí la incomprensión de los actos por parte de la actora sino la realización de los mismos sin contar antes con el debido asesoramiento legal en cuanto a sus efectos que pesaba sobre el escribano, sin perjuicio de las aclaraciones que se realizarán a continuación sobre la pericia psicológica practicada en la causa que tramita por ante el fuero de familia.

Por lo tanto, resultan insuficientes las afirmaciones que vierte el demandado en su alegato oral en cuanto sostiene la comprensión del hecho al momento de la firma por parte de la actora en función que del citado peritaje psicológico surge que ella dijo que "los hechos fueron relatados de modo ordenado y claro, dando cuenta de sus recursos cognitivos al momento de firmar la documentación" o en cuanto a que de las declaraciones testimoniales de los hijos se desprende que "se plasmó un acuerdo familiar que todos conocían perfectamente lo que se estaba firmando". Ciertamente que la pericia psicológica sostuvo mucho más que esa mirada parcial que hace la demandada.

Y ello por cuanto la falta de un asesoramiento adecuado y de carácter obligatorio para el notario interviniente también ha sido considerado como un elemento esencial en el reciente fallo 1685 de fecha 8 de junio de 2021, del Tribunal Colegiado de Familia N° 4 de esta ciudad en autos "O., D. F. c. S. C. s/ otras acciones no nomencladas", CUIJ 21-02881437-9, venidos a esta Sala con carácter previo al dictado del presente Acuerdo. En dicha resolución se lee —en sentido concordante— a lo analizado precedentemente: "... Extremos a los que se suma la falta de asesoramiento de la Sra. O. Quedó probado que al momento de otorgar el acto jurídico en crisis se encontraban presentes en la Escribanía su titular —Escribano C. E. T.— las partes, sus hijos M. y A. y el abogado del demandado, Dr. Carlos García Beltrame —letrado patrocinante del Sr. S. en autos y en el trámite de divorcio vincular—. En tal sentido son coincidentes los testimonios de M. y A. S. —respuesta a los pliegos de fs. 167 u 168—. El notario interviniente —conforme posición 8° de la confesional rendida— actúa como tal en empresas en las que el Sr. S. es accionista y/o director y/o administrador y/o empleado, tuvo a su cargo la elaboración y redacción de la Escritura de Modificación del Régimen Patrimonial y Adjudicación de bienes del matrimonio —absolución 6° posición—, a quien —reitero— el demandado le proporcionó el inventario de los bienes de la masa ganancial para la confección de las hijuelas de adjudicación —absolución 9ª. posición—. El Escribano C. E. T. ha prestado declaración testimonial a fs. 187 a tenor del pliego agregado a fs. 185. Las omisiones y respuestas evasivas en que incurre respecto de las circunstancias del asesoramiento a la Sra. O. —conforme repreguntas primera y segunda—, permiten confirmar que la actora no tuvo asesoramiento alguno de parte del escribano, ni antes ni en ocasión de otorgar el acto jurídico en crisis" (fs. 415/vta.).

En consecuencia, se concluye en que el escribano se limitó a formalizar el acto conforme lo que le solicitó su cliente, ex cónyuge de la actora, y su posterior inscripción, pero no demostró haber asesorado a la actora acerca de las consecuencias, ventajas, desventajas, conveniencia del acto celebrado por su intermedio.

d) La autonomía de la voluntad.

Insiste el demandado en que las partes habían consensuado el contenido del acto y que él solo se limitó a su formalización, textualmente señaló: "... tratándose el supuesto que nos ocupa de una partición privada que tuvo su origen en la opción del cambio de régimen convenido por las partes —del de comunidad de bienes al de separación— rige de modo irrefutable el principio de autonomía de la voluntad, y por ende la libertad de las partes de partir en forma y modo acordada" (v. fs. 49, párr. 2°).

Por su parte la actora dice que su contraparte se limitó a invocar la autonomía de la voluntad pero que esta cede ante el abuso del derecho y la ventaja patrimonial sin justificación y evidente desproporción que significaron los actos instrumentados (art. 332, Cód. Civ. y Comercial), por los que se vio afectado el orden público, de modo que debe atenderse al límite del citado principio dado por los valores superiores, como ser la protección de la justicia cuando no hay una relación de igualdad (conforme sostuvo en el alegato in voce).

Más allá de tales premisas, no puede desconocerse que ante un planteo concreto sobre la cuestión —que no es precisamente el meollo del debate que subyace en los presentes— habrá de ponderarse de manera integral el ordenamiento jurídico y los principios generales del derecho que deben ser analizados en definida para la solución del caso, como lo es el ejercicio regular de los derechos (arts. 2 y 10, Cód. Civ. y Comercial).

Pero, además se lee textualmente en la sentencia 1685/21 del Tribunal Colegiado de Familia N° 4 de Rosario que "en respuesta a los puntos periciales —punto A— la perito psicóloga indica 'que la examinada padeció síntomas de malestar, que incluyen angustia, desilusión, atravesamiento de un duelo por separación, sentimientos de culpabilidad entre otros, durante el período de la separación y los meses subsiguientes al hecho...' y en la ampliación de puntos periciales —punto A— afirma 'la actora relata que tuvo conocimiento de lo que se acordaba en el convenio, siendo consciente de su consentimiento de pesar de que se encontraba bajo una profunda tristeza, culpa y malestar subjetivo debido a los hechos. Señaló su culpabilidad de actuar y comprender la naturaleza de los actos que llevó a cabo.' La Sra. O., separada del señor S. el día 25 de octubre de 2015 —según afirma a fs. 171— concurrió el 2 de noviembre de 2015 a la Escribanía del Escribano T. donde la llevaron sus hijos M. y A. desde la localidad de Máximo Paz... 'porque en su momento el auto no lo tenía y la fuimos a buscar. Después de que se firma, se vuelve en el auto que se le dio a mi mamá, un Cross Fox...' —respuesta de A. S. a la 7° pregunta del pliego testimonial—, para suscribir la Escritura Pública del caso, sin profesional alguno que la acompañe y asesore... Como contrapartida, el Sr. S., a más del conocimiento y experiencia que supone el manejo de todos los negocios y bienes del matrimonio, contó con el asesoramiento de su letrado y notario de confianza para la elaboración de un acuerdo suscripto a los ocho días de haberse separado las partes, 'blindado' por el apoyo y la presencia de sus hijos en el otorgamiento del acto, quienes además firmaron la escritura sin ser necesario pero 'a pedido del padre' —así el testimonio del Escribano T. de fs. 187 en respuesta a la pregunta 5°—" (fs. 415 vta.).

¿Puede sostenerse la autonomía de la voluntad en el contexto familiar, social, y en la situación de debilidad —en el sentido más amplio de la misma— en que la actora se encontraba conforme lo que se ha relatado en el presente Acuerdo? La prueba colectada entre estos caratulados y los que se encuentran en trámite por ante el Colegiado de Familia N° 4 de esta ciudad, resulta concluyente para que no pueda argumentarse seriamente sobre la "supuesta" autonomía de la voluntad de la actora.

4.4.2. Daño y la relación causal. La responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes que se hallaban a cargo del escribano resulta contundente al respecto, tanto por la documental agregada en autos como de las pruebas recabadas en el juicio tramitado ante el Tribunal Colegiado de Familia N° 4 (testimonial del hijo, documental, testimonial del propio demandado y constatación judicial) y la posterior sentencia allí recaída. De dichos elementos probatorios se desprende la pérdida del patrimonio ganancial que, en principio, le correspondía a la actora, su desarraigo, su necesaria inserción en el mercado laboral con posterioridad a la celebración de los actos instrumentados, el lógico descenso del nivel económico de vida que padeció como consecuencia de los actos concertados, los que fueron instrumentados por el notario sin el debido asesoramiento previo que tenía a su cargo y que era su obligación, y la innumerable cantidad de acciones judiciales que debió iniciar en resguardo de sus derechos. En efecto, se encuentra probado el incumplimiento por parte del escribano en la relación con la actora, en su carácter de parte interviniente en el acto notarial, de modo tal que estaba a su cargo la prueba para exonerarse de responsabilidad (esta inversión de la carga probatoria está sostenida en la doctrina, así puede verse: Di Próspero, Mariana, ob. cit. dirigida por Ghersi, Carlos p. 42), prueba que no se ha producido en autos ni en los que tramitaron ante el Tribunal de Familia.

4.5. Cuantificación del daño. La actora peticionó por daños y perjuicios, en su escrito de demanda, la suma de $250.000.- (importe menor al que se plasmó en el acta de mediación prejudicial), o lo que en más o en menos determine el tribunal.

Que, al momento de demandar, la actora no ha calificado el rubro por el cual realiza la estimación de daños y perjuicios; sin perjuicio de ello aún cuando lo hubiera hecho, queda reservado a los jueces el encuadramiento normativo de lo solicitado y probado en autos, lo que enmarca en las previsiones de los artículos 1738 y 1741 del Cód. Civ. y Comercial.

Se le reconoce a los jueces una amplia libertad de argumentación en el ejercicio del *iura novit curia*, "cuya aceptación se traduce en la necesaria libertad

con que debe contar el sentenciante para subsumir los hechos alegados y probados por las partes, dentro de las previsiones normativas que rijan al caso. Libertad que subsiste en la hipótesis de que los litigantes hubieran invocado la aplicabilidad de otras disposiciones" (Cf. Peyrano, Jorge, "El proceso civil. Principios y fundamentos", Astrea, 1978, p. 96).

En consecuencia, "a modo de válida disgresión, conviene señalar que merced a la utilización del *iura novit curia* el juez no solo puede y debe apartarse de las normas de fondo alegadas por las partes..." (Cf. Peyrano, Jorge, "Libertad de argumentación de los jueces al momento de dictar sentencia", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, 2008-1, p. 87).

Es por ello que se predica que el juez en lo civil y comercial tiene amplitud respecto de la elección de la fundamentación jurídica de su sentencia, no estando obligado a seguir las alegaciones que sobre el derecho aplicable han realizado las partes.

Alfredo Rocco decía: "La norma jurídica es conocida por el juez por el solo hecho de su publicación (*iura novit curia*) y aun cuando la norma aplicable al caso no aparezca inmediatamente evidente al juez, este debe deducirla por vía de razonamiento del Derecho vigente y no puede eximirse de juzgar bajo pretexto de deficiencia u oscuridad de la ley. En esta determinación de la norma aplicable, el juez no está vinculado por las demandas de las partes, si bien estas pueden, para mejor obtener el fin remoto de la acción (emisión de una sentencia favorable), presentar argumentaciones sobre las normas legales que creen aplicables; pero el magistrado no está obligado a seguirlas en este campo y puede muy bien aplicar una norma no invocada por ninguna de las partes". (Rocco, Alfredo, "La sentencia civil", El Foro, 2003, p. 185).

Para el caso del daño moral cabe relevar, por lo demás, a la actora del deber de probar su existencia cuando este surge por sí mismo y flexibilizar su acreditación cuando el mismo surge con evidencia de acuerdo al curso normal de las cosas pues como lo ha expresado abundante jurisprudencia: "La existencia del daño moral se tiene por acreditada por el solo hecho de la acción antijurídica y por la titularidad del accionante, es una prueba que surge inmediatamente de los hechos mismos" (Cám. Civ. y Com. Sala 4ª Integrada - Rosario, 16/06/1999, "Sánchez, Ángela c. Municip. de Rosario s/ daños y perjuicios"; Trib. Col. Resp. Extrac. 6° Nom. - Rosario - 20/11/1995 - "Forneris, Adrián R. c. Herrera, Leandro y otro s/ daños y perjuicios"; en igual sentido Trib. Coleg. Resp. Extrac. N° 6-Rosario - 22/06/1993 - "Stroppiana, Carlos c. Fundición San Diego SA s/ daños perjuicios", Trib. Col. Resp. Extrac. N° 6 - Rosario - 18/03/1993 - "Caballero, María S. c. Banco Francés del Río de la Plata y/u otro s/ daños y perjuicios", Trib. Coleg. de Resp. Extrac. N° 6 - Rosario - 03/08/1992 - "Aparicio, Sergio O. c. José Chalup y/u otros s/ daños y perjuicios", Trib. Col de Resp. Extrac. 6° Nom. - Rosario - 07/03/1996 - Sposari, Adelina c. Carmena, José A. y otros s/ daños y perjuicios"). Centrándonos en el caso de autos, se configura aquí un supuesto de acreditación del daño por sí mismo, ya que aparece suficientemente demostrado por ser una consecuencia lógica de las afecciones que provocaron en la actora la suscripción de la escritura sin contar con el debido asesoramiento previo y las consecuencias negativas que se prolongan hasta el presente. Es que los daños extrapatrimoniales surgen con evidencia de la situación fáctica pues "Si los hechos hablan por sí mismos y extendemos la elocuencia a los hechos jurídicos debemos necesariamente concluir que el daño moral normalmente se desprende de los mismos *in re ipsa*. No es posible argumentar en contra de los hechos" (Jorge Mosset Iturraspe, Aída Kemelmajer de Carlucci, "Responsabilidad Civil", Hammurabi, Bs. As., 1992, p. 236).

Por lo demás, a mayor abundamiento, obra en los autos que se han ofrecido como prueba y de los que ya hemos dado amplias referencias, pericia psicológica donde se deja constancia de los estados de ánimo y el devenir que ha sufrido la actora.

Entendido entonces que se encuentra acreditada la existencia del daño moral, corresponde ponderar la extensión del mismo. Conforme lo expresa Bustamante Alsina, para ello se debe atender a pautas de racionalidad, por lo que "... la apreciación por el juez para fijar en dinero aquella compensación, debe ser necesariamente objetiva y abstracta. La indemnización del daño moral no está en función de la representación que de él se hace la víctima (no en concreto), sino de su constatación por los jueces y de su evaluación objetiva (en abstracto) en el límite de lo reclamado en la demanda" (Jorge Bustamante Alsina, Equitativa valuación del daño no mensurable, LA LEY, 1990-A, 658).

Y esa racionalidad debe ponderar en todo momento y circunstancia, en especial por cuanto, como lo expresa Mosset Iturraspe: "... La reparación de un daño moral, cualquiera sea su jerarquía, no debe significar un 'cambio de vida' para la víctima o para su familia. Una fuente de enriquecimiento..." (Jorge Mosset Iturraspe, "Diez reglas sobre cuantificación del daño moral", LA LEY, 1994-A, 729). En ese entendimiento se determina un resarcimiento por daño moral a favor de la actora por el importe solicitado de $250.000.- (Doscientos cincuenta mil pesos), que no aparece ni excesivo ni irrazonable. Dicho importe devengará intereses a la tasa pura del 8% anual desde la fecha del acto de escrituración hasta la fecha de la demanda, y desde aquí hasta el efectivo pago, la tasa activa capi-

talizada que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos a 30 días.

Voto, pues, por la negativa.

El doctor *Molina* dijo:

Coincido con los fundamentos expuestos por el doctor *Muñoz* y voto en el mismo sentido a la segunda cuestión.

El doctor *Bentolila* dijo:

Me remito a lo expresado al tratar la primera cuestión.

3ª cuestión. — El doctor *Muñoz* dijo:

Atento al resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde rechazar la nulidad y admitir la apelación interpuesta por la actora, revocando la sentencia 2194/19, haciendo lugar a la demanda en los términos expresados precedentemente, con costas de ambas instancias al demandado vencido (art. 251, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regular los honorarios de segunda instancia en el 50% de los que correspondieren a primera (art. 19, ley 6767).

Así voto.

El doctor *Molina* dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el doctor *Muñoz* y así voto.

El doctor *Bentolila* dijo:

Me remito a lo expresado al tratar la primera cuestión.

En mérito de los fundamentos del Acuerdo que antecede, la Sala Segunda —Integrada— de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, con la abstención del doctor Bentolila, resuelve: 1. Desestimar el recurso de nulidad. 2. Admitir el recurso de apelación interpuesto por la actora revocar la sentencia de grado y hacer lugar a la demanda interpuesta, con los alcances expuestos en los considerandos. 3. Cargar las costas de ambas instancias al demandado vencido (art. 251, Cód. Proc. Civ. y Comercial). 4. Regular los honorarios de segunda instancia en el 50% de los que correspondieren a la primera (art. 19, ley 6767). Insértese, agréguese copia y hágase saber (autos: "O., D. F. c. T., C. E. s/ daños y perjuicios - oralidad", CUIJ 21-02889790-9). — *Gerardo F. Muñoz.* — *Marcelo J. Molina.* — *Juan J. Bentolila.* — *Alfredo R. Farias.*

RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO VIAL. CASO FORTUITO

Disparo de arma de fuego recibido por un hombre que cambiaba un neumático en la autopista. Rechazo de la demanda de daños. Imposibilidad de cumplimiento objetiva, absoluta y no imputable al obligado. Ausencia de relación causal adecuada.

1. — No se discute que el actor recibió el disparo de un arma de fuego en la autopista cuando estaba cambiando un neumático del automóvil detenido sobre esta última. Sin embargo, ese hecho constituye una imposibilidad de cumplimiento objetiva, absoluta y no imputable al obligado, que extinguió la obligación de seguridad a cargo de la demandada.

2. — La circunstancia de que el demandado haya recibido un disparo mientras cambiaba el neumático averiado del automóvil en el que viajaban sus hijas fue una circunstancia que la emplazada no pudo prever, y menos aún evitar, pues, si bien no se desconoce que la empresa tiene a su cargo operaciones de seguridad vial, es claro que, en razón la extensión de la autovía, evitar sucesos como el de autos resulta imposible.

3. — Es evidente que, aun cuando los hechos invocados por el demandante permiten tener por probada, eventualmente, la existencia de una relación de causalidad material entre los hechos y el daño que presentó el actor, en el sentido de que el pinchazo fue una condición, un mero antecedente fáctico, del daño, eso no significa necesariamente que aquella relación causal sea adecuada. Pues no suele suceder que, por el hecho de que un neumático sea pinchado en una autopista, y se retrase el auxilio mecánico, alguien reciba el disparo de un arma de fuego.

4. — Solo se encuentra acreditado que el daño que sufrió el actor tuvo lugar en la autopista, y a causa del disparo. Pero el otro hecho que intenta hacer valer en conexión causal con el resultado, a saber, la presencia de un vidrio que averió el neumático del automóvil, y que motivó que se tuviese acercar hasta allí a auxiliar a su hija, recién fue alegado en esta sede civil, y lejos se encuentra de haber sido probado.

5. — No está demostrado que el vidrio u objeto punzante que pinchó el neumático en la autopista fue emplazado allí por los delincuentes con el objeto de aprovechar el pinchazo para robar a

las víctimas del accidente, dado que, entre el momento en que este tuvo lugar, y la llegada del actor al lugar, transcurrió necesariamente un plazo asaz prolongado, lo que resta verosimilitud a esa versión de los hechos.

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

7. — Lo ocurrido se debió a un caso fortuito que reviste las características de imprevisible, irresistible, inevitable y extraño a la actividad del concesionario vial, razón por la cual ha quedado fracturado el nexo de causalidad, lo que impide que ella pueda ser condenada al haberse configurado la imposibilidad de cumplimiento objetiva, sobrevenida, absoluta y definitiva de la obligación. Por ende, toda vez que el hecho ocurrió por un caso fortuito que es exterior al ámbito del concesionario vial, la demanda no puede recibir favorable acogida (del voto del Dr. Calvo Costa).

CNCiv., sala A, 19/10/2021. - Muro, Eduardo Luis c. Autopistas del Sol s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/162095/2021]

COSTAS

Al actor.

Expte. n° CIV 003852/2015/CA001

Buenos Aires, 19 de octubre de 2021.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo, resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: Sebastián Picasso - Ricardo Li Rosi – Carlos A. Calvo Costa

A la cuestión propuesta, el doctor *Picasso* dijo:

I.- La sentencia de fecha 16 de septiembre de 2020 hizo lugar a la demanda interpuesta por Eduardo Luis Muro, y en consecuencia condenó a Autopista del Sol a abonar al actor la suma de $ 343.000, con más intereses y costas. Hizo extensiva la condena a Nación Seguros S.A., en los términos del art. 118 de la ley 17.418.

Con fecha 25/8/2021 expresó agravios el demandante, y el día 3/6/2021 hizo lo propio la concesionaria vial demandada. Solo contestó agravios el Sr. Muro, con fecha 15/6/2021.

II.- Memoro que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes, ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino que pueden centrar su atención únicamente en aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 386, Código Procesal).

En otro orden de ideas, pongo de resalto que, si bien a partir del 1 de agosto de 2015 ha entrado en vigor el Código Civil y Comercial, los hechos ventilados en el sub lite (y por ende, la constitución de la obligación de reparar) han acaecido durante la vigencia del Código Civil y el Código de Comercio derogados. Por consiguiente, la cuestión debe juzgarse a la luz de la legislación abrogada, que mantiene ultractividad en este supuesto (art. 7, Código Civil y Comercial de la Nación; vid. Roubier, Paul, Le droit transitoire. Conflit des lois dans le temps, Dalloz, Paris, 2008, p. 188/190; Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 158).

Más allá de esto, incluso en los aspectos que continúan siendo regidos por la legislación derogada, las disposiciones del Código Civil y Comercial constituyen una valiosísima pauta interpretativa, en tanto condensan las actuales tendencias doctrinales y jurisprudenciales y expresan además la intención del legislador de nuestros días (esta sala, 25/6/2015, "C., J. M. c/ B., C. R. y otros s/ daños y perjuicios"; ídem, 30/3/2016, "F., C. E. c/ D. P., V. G. y otro s/ daños y perjuicios", expte. n.° 11.725/2013; ídem 11/10/2016, "R., J. O. c/ A., A. B. y otro s/ nulidad de acto jurídico" y "A., A. B. y otro c/ R., J. O. s/ restitución de bienes", exptes. n.° 47.289/2001 y 38.328/2003; CACyC Azul, sala II, 15/11/2016, "F., R. A. c/ F. M. y otra s/ desalojo", LL 2017-B, 109, RCCyC 2017 (abril), 180; Galdós, Jorge Mario, "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", LL 16/11/2015, 3).

Por otra parte aclaro que, al cumplir los agravios de la demandada la crítica concreta y razonada que prescribe el art. 265 del Código Procesal, en aras de la amplitud de la garantía de defensa en juicio, y conforme al criterio restrictivo que rige en esta materia (Gozaini, Osvaldo A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 101/102; Kielmanovich, Jorge L., Código

Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 426), no propiciaré la sanción de deserción que postula el actor en su contestación de agravios.

III.- Eduardo Luis Muro demandó a Autopistas del Sol S.A. a fin de obtener una indemnización de los daños y perjuicios que dijo haber padecido como consecuencia del hecho ocurrido el día 10/2/2013. Refirió que, en esa fecha, sus hijas Guillermina y Cecilia circulaban a bordo de su automóvil por la autopista Panamericana, en dirección hacia la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando uno de los neumáticos fue pinchado a causa de un objeto cortante, un vidrio, que se encontraba en medio de la autopista. Apuntó que sus hijas se comunicaron con Autopistas del Sol –luego de varios intentos–, y que les fue informado que no podían enviarles auxilio, por cuanto tenían una demora de dos horas. En ese momento, sus hijas decidieron llamar al actor. Apuntó que, pasado un tiempo desde su llegada, su hija mayor advirtió que, sobre la pasarela peatonal ubicada a la altura de la calle Maipú y Traful, se acercaba una motocicleta con dos hombres a bordo, con intención de robarles. Señaló que no presenció la escena, porque estaba agachado cambiando el neumático, pero que sí escuchó la voz de un hombre que les dijo: "quédense quietos, tranquilos, denme las billeteras y los celulares" (sic, fs. 38 vta.). Destacó que, frente a esta situación, se incorporó para proteger a sus hijas, y que en ese momento el delincuente sacó un arma del bolsillo y le disparó en el pecho. Solicitó que se lo indemnice por los daños que sufrió como consecuencia de ese hecho.

A fs. 59/78 se presentó Autopistas del Sol S.A., quien negó la existencia del hecho. Asimismo, remarcó que el actor seguramente recibió el disparo, pero que ese hecho no tuvo lugar en la Autopista Panamericana. Apuntó que los neumáticos no se pinchan con una botella de vidrio, y que, además, el objeto punzante no pudo ser arrojado por los delincuentes, quienes habrían tardado alrededor de una hora en ir a asaltar al demandante. Aclaró que, de comprobarse el hecho, la autopista no podía ser responsabilizada por ilícitos cometidos por terceros, y que no le fue delegado el "poder de policía" (sic) para evitarlos.

Nación Seguros S.A. se presentó a fs. 217/222 y adhirió in totum a la contestación de demanda de su asegurada Autopistas del Sol S.A.

El Sr. juez de la instancia de origen, luego de un análisis de los elementos probatorios aportados al proceso, concluyó que en autos quedaron acreditados los hechos en la forma en que fueron descriptos por el actor y que, en consecuencia, hubo un incumplimiento de la obligación de indemnidad que pesaba sobre Autopistas del Sol, en los términos de los arts. 42 de la Constitución Nacional y 5 de la ley 24.240. Asimismo, remarcó que la emplazada no pudo demostrar la imposibilidad de cumplimiento de su obligación de seguridad.

IV.- Este tribunal ya ha señalado en reiteradas oportunidades que algunos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación proporcionan el marco jurídico que debe adoptarse en casos como el que nos ocupa (esta sala, 22/11/2011, "Vaninetti, Aberto Edgardo c/ Autopistas del Sol s/ Daños y perjuicios", L. 581.918; ídem, 13/6/2014, "Fernández, Walter Horacio c/ Ceamse Coordinación Ecológica Área Metropolitana S. y otros s/ Daños y perjuicios", expte. n.° 111.774; ídem, 15/6/2016, "Fernández Ocampos, Juan Carlos c/ Ceamse s/ Interrupción de Prescripción (Art. 3.986 C.C.)", expte. n.° 5.271/2012, 7/10/2019, Cejas Claudio Gabriel c/ Autopistas Urbanas S.A. s/ Daños y perjuicios, L. n. ° 75500/2014).

En efecto, el 21 de marzo de 2006, el alto tribunal, con su parcialmente renovada composición, dictó un pronunciamiento en los autos "Ferreyra, Víctor D. y otro c/ V.C.O.V.S.A.", que fue seguido por otro in re "Caja de Seguros c/ Caminos del Atlántico S.A.", donde la mayoría rechazó el recurso extraordinario interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior del Chaco, en el primer caso, y de la Sala M de esta cámara, en el segundo, por estimar que no era arbitraria la interpretación plasmada en esos fallos, donde se había condenado a las empresas viales por la sorpresiva presencia de equinos en el corredor, y se había encuadrado la cuestión en la ley 24.240.

A fines de ese año 2006, la mencionada corte dictó finalmente sentencia en el caso "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Provincia de Buenos Aires y otros" (7/11/2006, DJ, 29/11/2006, 950; DJ, 28/2/2007, con nota de Carlos Ghersi y Celia Weingarten, y LL, 13/3/2007, con nota de Jorge Mario Galdós), en el ámbito de su jurisdicción originaria, y allí sentó el criterio según el cual entre el concesionario de la ruta y el usuario existe una relación contractual, donde aquel no asume una obligación de dar el uso y goce de la cosa, sino de prestar un servicio, lo cual cobra relevancia porque hay una obligación nuclear en el contrato, constituida por la prestación encaminada al mantenimiento de la ruta en todos sus aspectos, y también deberes colaterales con fundamento en la buena fe, entre los cuales se encuentra la obligación de seguridad, que obliga al prestador a adoptar las medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles.

Añadió la corte federal, en el precedente antes citado, que la obligación de seguridad a cargo de las empresas concesionarias es lo suficientemente amplio

como para abarcar en su contenido prestaciones tales como la vigilancia permanente del camino, su señalización, la remoción inmediata de elementos extraños que se depositen, el retiro sin demora de animales que transiten por el lugar, y toda otra medida que pueda caber dentro del referido deber, a los efectos de resguardar la seguridad y la fluidez de la circulación, asegurando que la carretera se mantenga libre de peligros y obstáculos.

Finalmente, en la mencionada causa "Bianchi", el cimero tribunal señaló que el vínculo que liga al usuario con el concesionario es de derecho privado, y constituye una relación de consumo en los términos de los arts. 1 y 2 de la ley 24.240, lo cual, por otra parte, es avalado por numerosa doctrina (entre muchos otros: Lorenzetti, Ricardo L., "Concesionarios viales. ¿En qué casos hay responsabilidad", Revista de Derecho de Daños n°. 3, p. 157; ídem., Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 114, nos. 6 y 487; Mosset Iturraspe, Jorge, Defensa del Consumidor, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 20; Galdós, Jorge M., "Peaje, relación de consumo y animales sueltos. Otro trascendente fallo", LL, 2004-C, 919; Rinessi, Antonio J., "Un fallo de la Corte Suprema reivindicador de los derechos del usuario", LL, 2006-C-54; Vázquez Ferreyra, Roberto A., "La demanda contra los concesionarios de autopistas", Revista de Derecho de Daños n° 1° -Accidentes de Tránsito- p. 157; Idem., "La responsabilidad de los concesionarios viales por los animales sueltos en las rutas: otra sentencia en la senda correcta", RCyS, 1999-461). Es que, como se ha dicho con acierto, la ley 24.240 incluye en su ámbito los servicios de cualquier naturaleza, con lo que abarca también los que presta la concesionaria a los usuarios (Galdós, op. y loc. cit.), quienes la utilizan para su destino final, toda vez que no incorporan ese servicio en un circuito de producción o comercialización.

Se ha señalado, al respecto, que la suma de dinero que paga el usuario al concesionario de peaje en contraprestación por el uso del corredor vial no puede tener naturaleza tributaria, dado que es gravada con el I.V.A. Se trata, antes bien, de un verdadero precio que paga quien transita por la ruta o autopista, lo que ratifica el encuadre contractual –con las notas tipificantes de un contrato de consumo– de la relación (CNCom., Sala B, 25/8/2003, "D'Onofrio c/ Caminos del Atlántico", LL, 2004-B-1013).

Sentado ello, y en función de lo establecido por el art. 3 de la ley 24.240, en caso de que más de una norma resultara aplicable a la misma situación fáctica, debe privilegiarse la que resulte ser más favorable para el consumidor, parte débil de la relación jurídica y objeto preferente de la tutela legal (arts. 1 y 65, ley citada). Es claro que, en virtud de lo expuesto, mal podrían hacerse prevalecer frente al usuario disposiciones del marco regulatorio de la concesión que le otorguen una protección menor a la que dimana de la propia ley 24.240.

Así las cosas, deviene plenamente aplicable al caso el art. 5 de esa ley, a tenor del cual "Las cosas y los servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios". Ya he señalado con anterioridad que las normas citadas ponen en cabeza del proveedor –en la especie, la concesionaria–, una obligación de seguridad de resultado, como consecuencia de lo cual cualquier daño sufrido por el consumidor en el ámbito de la relación de consumo compromete la responsabilidad objetiva de ese proveedor (vid. mis trabajos "Las leyes 24.787 y 24.999: consolidando la protección del consumidor", en coautoría con Javier H. Wajntraub, JA, 1998-IV-753, y "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema", LL, 2008-C-562. Vid. asimismo López Cabana, Roberto M., en Stiglitz, Gabriel (dir.), Derecho del consumidor, nro. 5, Juris, Buenos Aires, 1994, p. 16; Mosset Iturraspe, Jorge – Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 311; Hernández, Carlos – Frustagli, Mónica, comentario al art. 5 de la ley 24.240 en Picasso, Sebastián – Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dirs.), Ley de defensa del consumidor comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 96; esta sala, L. n° 587.865, "Duvidovich Gallo, Patricia Adriana c/ Valle de Las Leñas S. A. y otro s/ Daños y Perjuicios", del 19/4/2012; L. 591.873; ídem, "Romano, Fabio y otro c/ Parque de la Costa S.A. y otro s/ Daños y Perjuicios", del 21/11/2012).

Es desde ese enfoque (el de la obligación de seguridad de resultado que pesa sobre el proveedor) que corresponde, entonces, analizar el caso traído a conocimiento de este tribunal.

Como ya lo ha señalado esta sala (L. 581.709, del 25/11/2011, publicado en LL 2011-F-10, y RCyS 2012-II-156), dado que el objeto de la obligación de seguridad consiste, precisamente, en una garantía de indemnidad, su incumplimiento se produce por la simple existencia del daño en el marco de la relación de consumo, sin necesidad de otra prueba adicional. Al deudor que pretende su liberación compete, entonces, la prueba de que el cumplimiento de la obligación de seguridad se había vuelto imposible como consecuencia de un hecho que reúne los caracteres del caso fortuito.

Respecto de este último punto –como lo puntualizó la sala en el precedente mencionado en último término–, señalo que la doctrina ampliamente mayoritaria afirma que la imposibilidad de cumplimiento,

para extinguir la obligación (art. 888, Código Civil) y, al mismo tiempo, liberar al deudor de responsabilidad (arts. 513 y 514 del citado código), debe reunir los caracteres de objetiva, absoluta y no imputable al obligado. En particular, es preciso que se esté ante una imposibilidad absoluta (Bueres, Alberto J., "El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor", Revista de Derecho Privado y Comunitario, nº 17 (Responsabilidad contractual), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 113; Pizarro, Ramón D. – Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3, p. 312; Colmo, Alfredo, De las obligaciones en general, Buenos Aires, 1928, p. 616; Boffi Boggero, Luis M., Tratado de las obligaciones, Astrea, Buenos Aires, 1986, t. 4, p. 567; Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Obligaciones, Perrot, Buenos Aires, 1967, t. III, p. 286 y 287; le Tour- neau, Philippe - Cadier, Loïc, Droit de la responsabilité, Dalloz, París, 1996, p. 262; Larroumet, Christian, Droit Civil. Les obligations, París, 1996, p. 782; Radouant, Jean, Du cas fortuit et de la force majeure, Arthur Rousseau, Paris, 1920, p. 47), lo que significa que, como lo señalaba Osti, existe un impedimento para cumplir que "no puede ser vencido por las fuerzas humanas" (Osti, Giuseppe, "Revisione critica della teoria sulla imposibilitá della prestazione", Rivista di Diritto Civile, 1918, p. 220). No otra cosa disponen actualmente los arts. 955 y 1730 del Código Civil y Comercial de la Nación, que, si bien no es aplicable al sub lite, sí constituye una guía interpretativa de las disposiciones del código derogado que mantienen ultractividad.

Finalmente, entiendo que estas conclusiones no se contraponen a la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Bianchi", ya citada. Es cierto que allí el supremo tribunal aludió a la idea de previsibilidad, y dijo que ella variará según las circunstancias y las características del corredor vial en cada caso. Empero, no creo que eso implique consagrar una responsabilidad subjetiva en cabeza del proveedor, sino que esas referencias deben entenderse referidas a la eximente que aquel puede invocar frente a la constatación del incumplimiento de la obligación de seguridad, consistente, según ya lo señalé, en una imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta causada por caso fortuito. En otras palabras, la sola producción de perjuicios al consumidor que transita por la carretera patentizará el incumplimiento de la obligación de seguridad a cargo del concesionario vial, pero este podrá eximirse si demuestra que, de acuerdo a las características de la ruta o autopista, no era posible prever o evitar el daño (arts. 514 y 888, Código Civil).

V. En esta alzada ya no se discute que el actor recibió el disparo de un arma de fuego en la Autopista del Sol cuando estaba cambiando un neumático del automóvil detenido sobre esta última.

Sin embargo, considero –a diferencia del juez de grado- que ese hecho constituye una imposibilidad de cumplimiento objetiva, absoluta y no imputable al obligado, que extinguió la obligación de seguridad a cargo de la demandada.

El acta de procedimiento obrante en sede penal (cuya copia certificada se encuentra a fs. 504 de estas actuaciones civiles) ilustra cuáles fueron las circunstancias en que se produjo el infortunio: "según los relatos del Sargento Iván Vergara, es comisionado por la central de emergencias 911, a ruta Panamericana, más precisamente en la banquina había una persona de sexo femenina la cual hace seña al efectivo, y tras entrevistarse con la misma quien refirió ser y llamarse Muro, Guillermina Inés (...), le manifiesta que minutos antes tras pinchar uno de sus neumáticos de su vehículo marca Susuki, modelo Fun, es que se comunica con su progenitor Muro Eduardo, quien se encontraba en su casa quinta de Escobar, para que la auxilie, que una vez presente su padre, es que comienza a cambiar el neumático, y en ese instante observa circular por arriba de la pasarela una motocicleta con dos sujetos de sexo masculino, el cual el acompañante de la misma es que desciende de la motocicleta y camina hacia ellos, donde este le pide sus pertenencias de valor, y al pararse su progenitor del suelo, el sujeto saca del interior de su ropa un arma de fuego, tipo pistola y le efectúa un disparo en el pecho a su padre, donde al caer al suelo el sujeto sale corriendo en dirección a la calle Traful hacia dentro, que en ese momento detiene su marcha un vehículo el cual socorre a su progenitor en compañía de su hermana Cecilia Muro, de 29 años, donde lo trasladan a la sala de primeros auxilios del pueblo" (sic; vid., en forma coincidente, la declaración testimonial de Guillermina Muro de fs. 507).

Así las cosas, juzgo que la circunstancia de que el demandado haya recibido un disparo mientras cambiaba el neumático averiado del automóvil en el que viajaban sus hijas fue una circunstancia que la emplazada no pudo prever, y menos aún evitar, pues, si bien no se desconoce que la empresa tiene a su cargo operaciones de seguridad vial (vid., a fs. 367/368, la declaración testimonial de Elvio Luis Rocchietti), es claro que, en razón la extensión de la autovía, evitar sucesos como el de autos resulta imposible.

Por otra parte, como bien informó el Órgano de Control de Concesiones Viales, el art. 30 del Reglamento de explotación dispone que "La policía de seguridad y la policía de tránsito serán ejercidas por la autoridad pública competente", y que el art. 1 del decreto n.° 516, de fecha 15 de mayo de 2007, establece: "GENDARMERÍA NACIONAL (...) tiene asignadas las funciones de prevención y control de tránsito vehicular en las rutas nacionales y otros espacios de dominio

público nacional, entre los cuales se encuentra incluido el Acceso Norte" (sic. fs. 311).

Ahora bien, no se me escapa que, al momento de promover la demanda, el actor intentó vincular causalmente el hecho vandálico que sufrió, por un lado, con la circunstancia de que sus hijas debieron frenar el automóvil en que viajaban porque uno de los neumáticos fue pinchado con un vidrio que había en la autopista y, por el otro, con el hecho de que, al haberse comunicado con el servicio de emergencias de la concesionaria, esta no envió el auxilio mecánico.

Al respecto es necesario recordar que, para que un daño pueda considerarse causalmente ligado a un determinado hecho, desde el punto de vista del derecho civil argentino, no basta con que exista entre ambos una relación de causalidad material, sino que es preciso, asimismo, que ella pueda ser calificada por el juzgador como una relación causal adecuada, en los términos de los arts. 901 y ss. del Código Civil. La causalidad adecuada requiere previsibilidad estadística, normalidad, medida con el parámetro de lo que resultaba previsible –en abstracto- para un hombre medio puesto en el momento del hecho (Orgaz, Alfredo, El daño resarcible, Lerner, Córdoba, 1992, p. 54/55; Bustamante Alsina, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 225).

Desde este punto de vista es evidente que, aun cuando los hechos invocados por el demandante permiten tener por probada, eventualmente, la existencia de una relación de causalidad material entre los mencionados hechos y el daño que presentó el actor (en el sentido de que el pinchazo fue una condición, un mero antecedente fáctico, del daño), eso no significa necesariamente que aquella relación causal sea adecuada. Pues no suele suceder que, por el hecho de que un neumático sea pinchado en una autopista, y se retrase el auxilio mecánico, alguien reciba el disparo de un arma de fuego.

Amén de ello, destaco que en autos solo se encuentra acreditado que el daño que sufrió el actor tuvo lugar en la autopista, y a causa del disparo. Pero el otro hecho que intenta hacer valer en conexión causal con el resultado (esto es, la presencia de un vidrio en el autopista que averió el neumático del automóvil, y que motivó que él se tuviese acercar hasta allí a auxiliar a su hija) recién fue alegado en esta sede civil, y lejos se encuentra de haber sido probado.

Finalmente, e incluso si se soslayase lo que acabo de señalar, tampoco está demostrado que el vidrio u objeto punzante fue emplazado allí por los delincuentes con el objeto de aprovechar el pinchazo para robar a las víctimas del accidente, dado que, entre el momento en que este tuvo lugar, y la llegada del actor al lugar, transcurrió necesariamente un plazo asaz prolongado, lo que resta verosimilitud a esa versión de los hechos.

En atención a lo expuesto, y toda vez que el ataque por parte de los delincuentes fue un caso fortuito que causó una imposibilidad absoluta, objetiva y no imputable para que la demandada pudiese cumplir su obligación de seguridad (arts. 514 y 888 Código Civil), mociono revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda.

IV.- De conformidad con lo normado por el artículo 279 del Código Procesal, corresponde adecuar la imposición de costas efectuada en primera instancia, por lo que propongo que corran a cargo del actor, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 del Código Procesal).

En igual sentido, y por la misma razón, las costas de alzada deberían ser impuestas al demandante (art. 68 Código Procesal).

V.- En síntesis, y para el caso de que mi voto fuere compartido, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de la emplazada, y en consecuencia, revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda intentada por Eduardo Luis Muro contra Autopistas del Sol S.A. y Nación Seguros S.A. Con costas de ambas instancias al actor.

A la misma cuestión, el doctor *Li Rosi* dijo:

Por razones análogas a las vertidas por el Dr. Picasso en su muy fundado voto, adhiero a la solución allí propuesta.

A la misma cuestión, el doctor *Calvo Costa* dijo:

I.- Como bien lo ha expuesto en su muy fundado voto mi distinguido colega de sala el Dr. Sebastián Picasso, quien citó varios precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en tal sentido, entre el concesionario vial y el usuario existe una relación contractual enmarcada en el derecho del consumo, que torna aplicables las normas de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

Dicha vinculación contractual impone como principal deber del concesionario vial el de mantener en buen estado la autopista, pero también le exige a este el cumplimiento de otros deberes secundarios fundados en la garantía, que se manifiestan principalmente a través de la obligación de seguridad que se encuentra ínsita en toda relación convencional. A través de ella, el deudor le garantiza a su acreedor la indemnidad de su persona y de sus bienes durante la ejecución del contrato, en tanto los riesgos que pudiera su-

frir el usuario de la ruta concesionada puedan preverse, impedirse y evitarse.

En tal razón, el deber de seguridad asumido por el concesionario vial se erige así en una obligación de resultado cuyo incumplimiento genera responsabilidad objetiva, por lo cual solo podrá liberarse acreditando la causa ajena: hecho o culpa de la víctima, hecho o culpa de un tercero por quien no deba responder, o el caso fortuito o fuerza mayor. Esto mismo reflejan los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación citados por el Dr. Picasso en su voto (sobre todo en la causa "Bianchi" del 07/11/2006), y se torna más elocuente en el fallo "Gómez" del Máximo Tribunal en donde si bien se rechazó el recurso extraordinario en los términos del art. 280 CPCCN por mayoría, del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti se desprende que: "El vínculo que une al que contrata o usa el servicio con el concesionario vial es una típica relación de consumo regida por la ley 24.240, por la cual el último asume no una obligación de dar el uso y goce de una cosa, sino de prestar un servicio, calificación jurídica esta última que importa asignarle un deber de seguridad, de origen legal e integrado a la relación contractual, que obliga al prestador a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles según el curso normal y ordinario de las cosas" (CSJN, 17/03/2009, "Gómez, Mario Félix c. VICOV S.A. y/o responsable", RCyS 2009-V , 97, La Ley online: AR/JUR/2436/2009).

En esta causa se ha acreditado que el Sr. Eduardo Muro recibió un disparo de un arma de fuego en la Autopista del Sol cuando estaba cambiando un neumático del automóvil detenido sobre esta última, y que ello fue en ocasión de un robo perpretado por dos sujetos que circulaban con una motocicleta por la pasarela peatonal.

Centraré mi análisis, pues, en determinar si lo ocurrido en autos configuró o no un caso fortuito idóneo para provocar una imposibilidad de cumplimiento sobrevenida, objetiva y absoluta de prestar esa obligación de seguridad por parte del concesionario vial demandado. Entiendo que ello resulta fundamental por las siguientes razones: a) si la imposibilidad de cumplimiento opera por causas imputables al deudor (o bien este ha asumido las consecuencias del casus), la obligación se transforma en la de pagar el contravalor económico y los daños y perjuicios que derivan de tal situación; pero, b) si en cambio, obedece a causas no imputables al deudor, ella se extingue sin responsabilidad alguna de este provocando su liberación (véase en este sentido: Pizarro, Ramón D. – Vallespinos, Carlos G., Instituciones de derecho privado. Obligaciones, 1ra. edición, 2da. reimp., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2013, T. 3, p. 309; Osti, Giuseppe, Impossibilità sopravveniente en "Novissimo Digesto Italiano", Utet, Torino, 1962, T. VIII, ps. 289 y 290).

Queda claro, pues, que para que se extinga una obligación sin responsabilidad del deudor, ella debe ser consecuencia de un caso fortuito que la haya provocado. En este sentido aclaro, puesto que ello resulta ser de vital importancia, que si bien a la fecha de ocurrencia del hecho debatido en estas actuaciones era de aplicación la normativa del derogado Código Civil (especialmente los arts. 514 y 888), no soslayo la importancia que -como pauta interpretativa- adquieren para la solución del caso las disposiciones del actual Código Civil y Comercial (arts. 955, 956, 1730 y 1732).

II.- De conformidad con lo hasta aquí expuesto es evidente que en todas las obligaciones, sobre todo en aquellas generadoras de responsabilidad contractual objetiva, el límite de la responsabilidad del deudor estará dado por la configuración del caso fortuito que provoca la imposibilidad de cumplimiento de la prestación (Bueres Alberto, La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual, en Marcos M. Cordoba (dir.) "Tratado de la buena fe en el derecho", La Ley, Buenos Aires, 2004, vol. 1, p. 167).

Así, en los supuestos de responsabilidad contractual objetiva el recaudo principal que deberá acreditar el deudor para no responder es que el evento dañoso (al que pretende calificarse como caso fortuito) además de tener que ser imprevisible, inevitable e irresistible, debe ser extraño a la actividad propia del contrato, o bien a lo que el profesor austríaco Exner denomina "círculo industrial" (Exner, Adolf, De la fuerza mayor en el derecho mercantil romano y actual", traducción del alemán de Emilio Miñana y Villagrasa, Ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1905, ps. 134/175). Es decir, el deudor obtendrá su liberación si el evento dañoso se origina fuera del ámbito de la empresa y es extraño a sus actividades.

En idéntico sentido, siguiendo esta línea de pensamiento, se sostiene que todo sujeto debe responder frente a la víctima por la totalidad de los hechos que son consecuencia del riesgo creado por él, ya que si obtiene un beneficio a través de este debe soportar de modo coetáneo las cargas (ubi emolumentum ibi onus); aunque para ello, se aclara, el caso fortuito debe ser interno, es decir, debe ocurrir dentro de la actividad del deudor y no liberará al demandado (Josserand, Louis, Cours de droit civil positif français, 2da. edición, Recueil Sirey, París, 1932-1933, Tomo II, nro. 451).

No soslayo tampoco que existe una moderna doctrina que no ha hesitado en invocar y aplicar la "teoría del riesgo de empresa" a cuestiones como la que aquí nos involucra, sobre todo cuando los deudores del deber de seguridad no son personas físicas: se afirma que a través de ella, todos los daños inevitables causados durante el desarrollo de la actividad empresarial (v. gr., compañías de transporte, entidades médico-asistenciales, en-

tidades organizadoras de espectáculos públicos, concesionarios de peajes de rutas y autopistas, etcétera) son puestos a cargo de la empresa, ya que se considera que ella se encuentra en una mejor posición respecto de la víctima a fin de absorber patrimonialmente el daño, así como también posee la posibilidad de trasladar los eventuales riesgos de actividad al seguro que contrate al efecto (en este sentido, véanse: Trimarchi, Pietro, Rischio e responsabilità oggetiva, Giuffrè, Milano, 1961, ps. 57 y ss.; Starck, Boris, Droit Civil. Obligations. Contrat et quasi-contrat. Régime général, 2ª ed., Librairies Techniques, Paris, 1986, vol. 2, p. 490 y ss; Bueres, Alberto J., El fundamento de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, en "Revista de Derecho de Daños", 2003-1 "Responsabilidad del principal", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, ps. 19 y 31, especialmente).

Sin embargo, ello no resulta viable a mi entender, cuando el hecho haya sido originado en un evento ajeno al círculo de actividad del deudor y vedado de cualquier tipo de conexión con ella, es decir, cuando no constituye una contingencia propia del riesgo de su actividad.

Dicho esto, cabe preguntarse si el hecho debatido en autos, además de haber sido imprevisible, inevitable e irresistible, constituía una contingencia interna a la actividad del concesionario vial, o si por el contrario, resultaba ser una "causa extraña" o un riesgo atípico a las prestaciones por él asumidas.

Como lo he mencionado anteriormente, está acreditado en autos el hecho detallado en la demanda. En especial que, cuando el actor se encontraba cambiando el neumático del auto que conducían sus hijas, sobre la pasarela peatonal ubicada a la altura de la calle Maipú y Traful, se acercó una motocicleta con dos hombres a bordo, con intención de robarles, y que luego de advertirles que se trataba de un robo, el Sr. Muro recibió el impacto de un proyectil proveniente del arma de los delincuentes.

Pues bien, considero que lo ocurrido se ha debido a un hecho extraño a la actividad del concesionario vial demandado, ya que no es propio ni habitual de su actividad empresarial que ello ocurra. Tampoco estimo que exista conexión causal adecuada en la ocurrencia de este hecho entre la circunstancia de que el auxilio requerido a la empresa por los actores no haya sido prestado en forma oportuna, y el asalto sufrido por los actores, como lo expresan los accionantes en su contestación de los agravios de la demandada a fs. 631/636.

Es más, como lo ha reflejado acertadamente mi distinguido colega de sala Dr. Sebastián Picasso en su voto, ha informado a fs. 311 el Órgano de Control de Concesiones Viales que el art. 30 del Reglamento de explotación dispone que "La policía de seguridad y la policía de tránsito serán ejercidas por la autoridad pública competente", y que es la Gendarmería Nacional -que no ha sido demandada en estos obrados- la que tiene a su cargo las funciones de prevención y control de tránsito vehicular en las rutas nacionales y otros espacios de dominio público nacional, entre los cuales se encuentra incluido el Acceso Norte (cfr. art. 1 del decreto n.° 516, de fecha 15 de mayo de 2007).

Por todas estas razones es que concluyo que lo ocurrido se debió a un caso fortuito que reviste las características de imprevisible, irresistible, inevitable y extraño a la actividad de Autopistas del Sol S.A., razón por la cual ha quedado fracturado el nexo de causalidad, lo que impide que ella pueda ser condenada al haberse configurado la imposibilidad de cumplimiento objetiva, sobrevenida, absoluta y definitiva de la obligación. Por ende, toda vez que el hecho ocurrió por un caso fortuito que es exterior al ámbito del concesionario vial, la demanda no puede recibir favorable acogida.

Con estas aclaraciones y ampliación de fundamentos, adhiero en su totalidad al voto del Dr. Sebastián Picasso.

Con lo que terminó el acto. — *Sebastián Picasso. — Ricardo Li Rosi. — Carlos A. Calvo Costa.*

Buenos Aires, 19 de octubre de 2021.

Y VISTOS:

Por lo que resulta del acuerdo que ilustra el acta que antecede, del que dan cuenta sus considerandos y aclaraciones, *Resuelve:* revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda intentada por Eduardo Luis Muro contra Autopistas del Sol S.A. y Nación Seguros S.A. Con costas de ambas instancias al actor.

Atento lo decidido precedentemente corresponde adecuar los honorarios fijados en la instancia de grado, de conformidad con lo establecido por el artículo 279 del ordenamiento adjetivo.

Ello así, toda vez que la acción fue rechazada, deberá determinarse para el caso, la entidad económica del planteo.

Al respecto, el artículo 22 de la ley arancelaria establece que para la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes se tendrá como valor del pleito el importe de la demandada actualizada por intereses al momento de la sentencia, si ello correspondiere. Esto es, siempre y cuanto que hubieren sido objeto de reclamo y condena (conf. Kielmanovich, Jorge L., "Honorarios Profesionales", Edit. La Ley, pág.39).

En esta inteligencia, más allá que la misma trascendencia tenga el reconocimiento de un derecho como que el supuesto derecho no existe, lo cierto es que conforme reiterada jurisprudencia de esta Sala,

no corresponde la inclusión de los intereses si no han sido objeto de tratamiento y determinación en la sentencia que puso fin al litigio (conf.esta sala R.608.084 del 24/10/2012 entre muchos otros).

Sentado lo anterior, valorando la extensión e importancia de los trabajos realizados en autos por los profesionales intervinientes, etapas cumplidas, lo establecido por los artículos 1,3,16,19,20,29 y 59 de la ley arancelaria corresponde fijar los honorarios de la letrada patrocinante de la parte actora, Dra. Á. P. M. en 30.03 UMA –PESOS CIENTO OCHENTA Y CINCO MIL ($ 185.000), por la incidencia decidida a fs. 91 3,75 UMA –PESOS VEINTITRES MIL CIEN ($ 23.100); los del letrado apoderado de la parte demandada, Dr. S. F. en 37.5 UMA –PESOS DOSCIENTOS TREINTA Y UN MIL ($ 231.000), los del Dr. J. P. M. en 7,46 UMA – PESOS CUARENTA Y SEIS MIL ($ 46.000); los del letrado apoderado de la citada en garantía, Dr. M. L. S. en 14,93 UMA – PESOS NOVENTA Y DOS MIL ($ 92.000), los de la Dra. D. M. en 14,93 UMA –PESOS NOVENTA Y DOS MIL ($ 92.000) y los de la Dra. A. L. S. en 1 UMA –PESOS SEIS MIL CIENTO SESENTA ($ 6160); los del perito médico Dr. S. R. K. en 6,98 UMA –PESOS CUARENTA Y TRES MIL ($ 43.000)y los del mediador P. T. M. en PESOS VEINTIDOS MIL ($ 22.000).

Por su labor en la alzada que diera lugar al presente fallo, de conformidad con lo establecido por el artículo 30 de la ley 27.423 corresponde fijar los honorarios del Dr. S. F. en 14,93 UMA – PESOS NOVENTA Y DOS MIL ($ 92.000) y los de la Dra. A. P. M. en 9 UMA –PESOS CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS ($ 55.500).

Notifíquese en los términos de las Acordadas 31/11, 38/13 y concordantes de la C.S.J.N., comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica y devuélvase.— *Sebastián Picasso. — Ricardo Li Rosi. — Carlos A. Calvo Costa.*

ACCIDENTE DEPORTIVO. RELACIÓN DE CONSUMO

Escalamiento. Caída sobre un objeto ajeno. Obligación de seguridad. Responsabilidad del organizador. Lucro cesante.

1. — Aun cuando la práctica realizada por el actor —escalamiento— es de exigencia física y que posee sus riesgos propios, en este caso, el daño que padeció no fue producto de las características de ese deporte sino por encontrarse un objeto ajeno a esa actividad y que produjo un daño en el sector de escalamiento, como es, en este caso, la cama elástica.

2. — En cuanto a la alegada culpa de la víctima, como exime de responsabilidad, no se acreditó que por el lugar donde la cama elástica estaba ubicada al tiempo del hecho fuera evidente para el usuario el peligro, aun cuando este tenga práctica en ese desempeño. Si hubiera sido tan evidente el potencial riesgo de la cama elástica por su ubicación, correspondía como carga a los demandados y también hubiera podido percibirse por los coordinadores de la actividad que se encuentran en el lugar para evitar riesgos.

3. — La circunstancia de que el daño padecido por el actor se haya generado en el marco de una relación de consumo —específicamente en la práctica del deporte de escalada— ilustra la vulneración de la garantía de seguridad, la cual que se le debe en su carácter de consumidor.

4. — No cabe duda de que la relación entre el establecimiento y quien realiza un deporte, utilizando sus instalaciones, es la de un usuario involucrado en una típica relación de consumo. En aquella la obligación de seguridad se impone con especial fuerza y tiene una orientación tutelar preferente dirigida al consumidor o usuario como destinatario.

5. — Quien organiza una actividad y la aprovecha económicamente debe asumir los riesgos. Como consecuencia, se le impone al organizador la obligación de indemnidad personal y patrimonial de los consumidores.

6. — La indemnización del lucro cesante debe prosperar, dado que se han acreditado las ganancias que dejó de percibir el actor durante su largo período de convalecencia y debido a las cirugías a las que tuvo que someterse, tanto por no tener abierto su negocio cuando él debía ir y por no dictar determinados cursos.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Accidente deportivo.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Edad: 41 años.

Actividad: Comerciante.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $670.000

Daño psicológico: Tratamiento psicoterapéutico: $54.600

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: $3.600.000

CNCiv., sala K, 06/09/2021. - Damonte, Gustavo Daniel c. Centeno, Carlos Luis y otro s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/136982/2021]

COSTAS

Se imponen al codemandado y a la citada en garantía.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expte. n° CIV 097892/2011

Buenos Aires, 6 de septiembre de 2021.

Considerando:

I. Vienen los autos a este Tribunal con motivo de los recursos de apelación interpuestos por el actor (6 de agosto de 2020), por el demandado –el señor Carlos Luis Centeno- (3 y 6 de agosto de 2020) y por la citada en garantía (11 de agosto de 2020), contra la sentencia de primera instancia (28 de julio 2020). Oportunamente, se fundaron (27, 28 y 30 de abril del corriente, respectivamente) y recibieron réplica (14 y 17 de mayo de 2021).

Firme el proveído de integración de Sala, se llamó nuevamente autos para sentencia.

II. Los antecedentes del caso

El señor Gustavo Daniel Damonte reclamó la indemnización por los daños y perjuicios que alegó haber sufrido en un accidente deportivo acontecido el día 21 de noviembre de 2009, a las 17.30 horas, aproximadamente, en las instalaciones pertenecientes a la firma "Boulder Palestra" sito en la calle Arce 730, local 13, de esta ciudad.

Narró que concurrió a ese establecimiento a practicar la actividad deportiva de escalamiento. Expuso que la empresa se especializa en deportes de este tipo y cuenta con un lugar de formación y práctica, tanto para principiantes como para deportistas avanzados. Refirió que tiene un muro cubierto para esta actividad.

Contó que estaba con el señor Marcelo Bernasconi. Comenzó la primera ruta de ascenso mientras su compañero estaba "dando seguro" -acción que consiste en sostener desde tierra una soga que debe tensarse para evitar el impacto contra el piso en caso de una caída al escalar-.

Relató que mientras avanzaba por un "extra-plomo" (muro con una inclinación superior a los noventa grados), habiendo ya pasado la cuerda de sujeción por un par de "seguros" (mosquetones o especie de ganchos por los que se pasan las cuerdas para pender desde allí en caso de una caída), se produjo su desplome desde aproximadamente cuatro metros de altura.

Alegó que impactó contra el parante vertical de aluminio (de aproximadamente dos metros de altura) que formaba parte de la estructura de una cama elástica que estaba imprudentemente colocada cerca del muro de escalamiento.

Aseveró que el golpe se produjo en su zona perineal -a escasos centímetros de su ano y su aparato urinario-, lo que generó un empalamiento.

Como consecuencia de la lesión, fue trasladado de urgencia por el SAME al "Hospital Fernández" y, luego, derivado a la "Corporación Médica de San Martín", donde fue sometido a varias intervenciones quirúrgicas. Permaneció internado por un tiempo y continuó con tratamiento médico durante un período prolongado.

Asimismo, explicó que son normales las caídas en este tipo de deporte, pero que es obligación de quien explota este negocio mantener el piso libre de objetos peligrosos que puedan lesionar a los escaladores.

Responsabilizó al señor Carlos Luis Centeno, en su carácter de propietario de "Boulder" y al señor Enrique Matías Mirave, titular de "Terraventura" junto con el anterior, por explotar la cama elástica contra la cual impactó el demandante (fs. 1 a 3 y 7 a 262).

Este último se presentó y contestó la demanda. Refirió que, el 22 de febrero de 2005, junto con el señor Centeno, celebró un contrato de locación con la firma "Rufika S.A." (locadora), con respecto al local nro. 13, sito en la planta baja y primer piso de la calle Arce 730 de esta ciudad. Señaló que este se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2012, fecha en la que fue rescindido.

Adujo que, debido a sus amplias dimensiones, decidieron dividirlo. Manifestó que su intención era explotarlo como salón de fiestas infantiles y la del señor

Centeno consistía en montar un proyecto comercial diferente.

Afirmó que ambas entradas se encontraban bien diferenciadas: en una, se leía el cartel "Terraventura" y, en la otra, "Boulder", lugar donde aconteció el accidente.

Indicó que ambos perímetros se encontraban perfectamente separados, atento a la disparidad de actividades que se desarrollaban en cada uno. Aseveró que la explotación de "Terraventura" se hallaba exclusivamente a su cargo y la de "Boulder Palestra" recaía en el señor Carlos Luis Centeno. Sostuvo que no existía una sociedad comercial que los uniera.

Describió que el local "Terraventura" atendía al público de lunes a viernes de 15 a 18:30 horas y que las fiestas se contrataban por un período aproximado de dos a tres horas. Mencionó que contaba con juegos inflables, personal para el cuidado, entretenimiento de los niños y servicio de atención. Además, expresó que había personal especializado y que contrató un servicio de emergencia con la empresa "Vital" y un seguro con "Federación Patronal Seguros S.A.".

Alegó no conocer que en la sección explotada por el señor Centeno se encontraba una cama elástica ni que constituía un riesgo para quienes concurrieran al sitio.

Manifestó que, en la fecha indicada, se llevó a cabo una fiesta infantil de 13 a 15.30 horas y que, luego, abandonó el lugar. Dijo ignorar la ocurrencia del lamentable accidente que sufrió el actor y que el señor Centeno no se lo comentó.

Aclaró que no mantenía con el codemandado contacto diario y que solo se veían cuando pagaban el canon locativo mensual, ocasión en la que se reunían con el señor Waizman.

Arguyó que el contrato de locación se rescindió el 31 de diciembre de 2012 y que el local de fiestas infantiles cerró y fue dado de baja. Sin embargo, el espacio que funcionaba bajo la denominación "Boulder Palestra" siguió en actividad.

Asimismo, aseguró que jamás adquirió una cama elástica para su negocio y que no sabía que esta se ubicaba donde indicó el accionante.

En función de lo expuesto, peticionó el rechazo de la demanda, con costas (fs. 280/304 vta.).

Posteriormente, se presentó el señor Carlos Luis Centeno, contestó la acción incoada en su contra y solicitó la citación en garantía de "Federación Patronal Seguros S.A.".

Negó expresamente que la cama elástica fuera utilizada comercialmente por ambos locales y que fuera desplazada de un lugar a otro como refirió el actor.

Señaló que el legitimado activo es secretario del Club Andino y juez de la actividad en eventos de dicho club. Agregó que aquel posee experiencia de más de dieciocho años en la actividad, es decir, que ha efectuado cursos de entrenamiento y de seguridad en escalada y no precisa instructor.

Expresó que el accionante debió realizar un estudio previo de la ruta y analizar el factor de caída antes de escalar, en tanto tenía el deber de prever cuál era el territorio por debajo de su persona -exigencia fundamental para la práctica de ese deporte-.

Afirmó que, desde el inicio, el emplazante incumplió el principio de prevención de la actividad que estaba por realizar, a pesar de estar altamente capacitado ya que, tanto él cómo su compañero -el señor Bernasconi- están entrenados para ese deporte.

Invocó que los aludidos fallaron al no evaluar el terreno previamente, lo que deviene en una falta grave que propició, junto con otros errores inexcusables de aquellos, el resultado del accidente.

Destacó que ambos escaladores habían estado en contacto con la cama elástica antes de iniciar la actividad y debieron removerla o hacerla quitar de ese lugar, dado que era parte del territorio probable de caída.

Citó que, en ese momento, solo el accidentado y su compañero practicaban escalamiento y que, a su entender, actuaron en forma indisciplinada, negligente y con una impericia que no se compadece con dos personas que están altamente calificadas para ese deporte.

Añadió que el señor Bernasconi tenía por costumbre retirarse de la pared y dar seguro con cuerda floja, cuando la forma adecuada es asegurar al escalador apoyado en la pared y con cuerda corta, para evitar mayor recorrido en la caída. Concluyó que se realizó de manera incorrecta, pese a sus conocimientos.

Apuntó que, al emprender el ascenso, no deben existir objetos en la superficie que puedan poner en peligro a la persona ante una potencial caída y que es obligación de quienes lo realizan verificarlo. Refirió que la temeridad y el exceso de confianza del actor y su ayudante fueron un factor determinante en el acontecimiento.

Enunció que la técnica correcta de caída es la opuesta a la que realizó el señor Damonte -conforme sus propios dichos-, pues debía dejarse caer en línea

recta y no impulsarse hacia atrás como lo hizo. Describió que la herramienta de alejarse del muro se utiliza en un escalamiento de pared vertical para evitar golpes o raspaduras, pero que, en este caso, el actor escalaba una pared "extra plomada", es decir, con una inclinación especial hacia su propio cuerpo.

Refirió que lo expuesto confirma que el legitimado activo y su compañero cometieron errores imperdonables y que no concurrieron a la palestra a entrenarse seriamente, sino que, por el contrario, lo hicieron desprovistos de todos los conocimientos que les fueron dados en sus entrenamientos pues, de haberlos aplicado, el accidente no hubiera ocurrido.

Agregó que la cama elástica jamás se encontró en el lugar donde ocurrió el accidente y menos aún si había personas realizando actividad de escalada. Mencionó que no le encuentra razón a su ubicación y opinó que el único motivo posible es que la hubieran usado antes del accidente.

En suma, requirió el rechazo de la demanda, con costas (fs. 330 a 357 vta.).

Ulteriormente, "Federación Patronal Seguros S.A." se presentó por intermedio de su representación letrada y respondió la citación en garantía.

Reconoció haber emitido en favor del señor Enrique Matías Mirave la póliza nro. 221589 que prevé una límite máximo de responsabilidad civil de $50.000 y una franquicia a cargo del asegurado del 10% de las indemnizaciones que se acuerden con él, con los terceros o que resulte de sentencia judicial, incluyendo intereses, costas, honorarios y otros acrecidos, con un mínimo del 1% y un máximo del 5%, ambos límites aplicados sobre la suma asegurada por acontecimiento.

Efectuó una negativa pormenorizada de los hechos apuntados en la demanda y solicitó su rechazo, con costas (fs. 379 a 411).

Sustanciada la causa, se dictó pronunciamiento sobre el mérito (28 de julio 7 de 2020).

III. La sentencia

El juez de grado hizo lugar a la demanda y condenó a los señores Carlos Luis Centeno y Enrique Matías Mirave -de forma extensiva a "Federación Patronal Seguros S.A."-, a abonarle al señor Gustavo Daniel Damonte la suma $870.800, con más los intereses y costas.

Asimismo, difirió la regulación de honorarios hasta tanto haya liquidación definitiva aprobada (28 de julio de 2020).

IV. Los agravios

El actor se queja del exiguo monto fijado por incapacidad sobreviniente y peticiona su incremento.

Critica por escasos los porcentajes de incapacidad establecidos en los peritajes. Debate que no se valoró que, a raíz del accidente, sufrió un corte de la uretra membranosa, desgarramiento de la próstata, corte del esfínter anal y fractura de la cadera, como así también que debió someterse a numerosas intervenciones quirúrgicas, convivir años con una colostomía y talla vesical y que se vio afectada su continencia miccional, sus erecciones y que tuvo que colocársele una malla ventral.

Refuta la suma otorgada por tratamiento psicológico. Afirma que la fijación de un plazo anual, ante la falta de recomendación del perito, no se compadece con el tiempo que debe tener una práctica tendiente a procesar el daño psicológico que padeció, por lo que peticiona se considere uno mayor.

Asimismo, ataca la cuantía determinada para reparar el daño moral. Asevera que el accidente le generó afecciones espirituales devastadoras, le infligió gravísimos dolores y lo expuso a intervenciones, tratamientos gravosos, incómodos y lesivos de su intimidad. Además, cambió radicalmente su vida, actividades y ámbitos que frecuentaba. Refiere que tuvo que convivir con el temor al derrame de materia fecal o urinaria de las bolsas colectoras y la imposibilidad de traslados muy prolongados. Agrega que se tuvo que asegurar la disponibilidad de ambientes aptos para el cambio o evacuación de aquellas. Solicita se aumente la partida reconocida por este concepto.

Alega que el juez a quo omitió establecer pautas de actualización del límite de cobertura del seguro. Explica que, al momento del siniestro, los accionados habían contratado un seguro que cubría los riegos de su actividad en el que se había fijado un límite de cobertura de $ 50.000.

Por su parte, el señor Carlos Luis Centeno se agravia de la responsabilidad atribuida. Debate que no se apreció que el legitimado activo es un profesional que dicta cursos en el "Centro Andino de Buenos Aires" y que el evento se produjo por su exclusiva responsabilidad e impericia.

Asimismo, cuestiona el importe estipulado por incapacidad sobreviniente, en tanto los detrimentos físicos y psíquicos se generaron por culpa del actor.

En cuanto al rubro tratamiento psicológico, entiende que deviene abstracta su justipreciación. Considera que la incapacidad psicofísica fue el resultado de la

propia negligencia del actor, por lo que deviene improcedente este rubro.

También se queja de la justipreciación del rubro gastos médicos, farmacéuticos, de traslado y servicio doméstico, por entender que no se encuentran acreditadas dichas erogaciones.

En cuanto al daño moral, critica la suma fijada por interpretar que las lesiones fueron ocasionadas por la exclusiva responsabilidad del actor y, por ende, no resulta procedente este rubro.

Respecto del quantum reconocido por lucro cesante, estima que resulta improcedente, por no demostrarse en autos que el accionante tenga un trabajo registrado.

A su turno, la citada en garantía rebate la responsabilidad que le fue atribuida a su asegurado.

Critica, puntualmente, que se haya considerado que entre el actor y el señor Centeno se configura una relación de consumo en virtud de que el reclamante realizaba la actividad en el local "Boulder Palestra", dedicado a la explotación de escalamiento.

Por otro lado, entiende que en el fallo en crisis se realizó una apreciación errónea con respecto a la responsabilidad de su asegurado. En primer lugar, destaca que no existen pruebas que determinen que las lesiones del actor fueron causadas por la ubicación de la cama elástica, sino que acreditan que fue por la propia impericia y negligencia del señor Damonte, quien no adoptó los medios de seguridad idóneos para dicha práctica.

Del mismo modo, explica que la actividad de escalada es riesgosa por su propia naturaleza y desarrollo y depende de la pericia de la persona. Considera que es indiscutible que el actor es un profesional del deporte con extensa experiencia en esta práctica. Por ello, alega que quien ejercita la escalada asume un riesgo, la práctica un deporte peligroso y debe decidir la ruta sobre la cual escalará.

Estima que el legitimado activo contaba con todos los conocimientos de la disciplina, por lo tanto, su conducta no puede ser juzgada con el mismo criterio que en otro ámbito en el cual ese riesgo no exista o es sustancialmente menor, pues las circunstancias de tiempo, modo y lugar puestas de manifiesto en una actividad deportiva -a su entender- difieren por completo de las que integran las corrientes. Considera que la conducta de los sujetos se debe calificar según las pautas del art. 512 del Código Civil.

En tal sentido, afirma que si un practicante excede con su obrar el límite del riesgo admisible de acuerdo con las circunstancias deviene civilmente responsable, dado que los participantes no están dispensados de las obligaciones de prudencia y cuidado.

Por otra parte, considera que no se acreditó ningún obrar negligente del señor Mirave. Resalta que la cobertura contratada con "Federación Patronal Seguros SA" recae sobre los riesgos del salón de fiestas infantiles llamado "Terraventura", excluyendo el establecimiento "Boulder Palestra", donde se llevó a cabo la práctica y se produjo el lamentable accidente.

En función de todo lo expuesto, peticiona el rechazo de la demanda, con costas.

En subsidio, se controvierten las partidas indemnizatorias fijadas para los rubros incapacidad psicofísica sobreviniente y tratamiento psicológico.

Rebate que, a la suma establecida por incapacidad sobreviniente, se haya añadido un 20% por el impacto del daño en otros aspectos patrimoniales, tales como sociales, de relación, actividades de esparcimiento, entre otras. Entiende que la reparación inicial, sin el adicional, ya cubre el aspecto productivo y la incidencia en la llamada "vida de relación", por lo que requiere su disminución.

En cuanto al daño moral estima se ha incurrido en una duplicidad de rubros al fijar en forma separada la incapacidad sobreviniente, para luego realizar la distinción entre daño psíquico y moral. Por tal motivo, solicita se reduzca su monto.

Con respecto a los gastos médicos y de traslado, refuta por improcedente la suma de $5.500 y $1.500, respectivamente y solicita su rechazo o, en su defecto, su reducción, por contar el señor Damonte con obra social.

Asimismo, critica la cantidad de $86.400 reconocida por servicio doméstico, por entender que no se aportaron elementos probatorios que acrediten estas erogaciones.

También, embate el valor estipulado por lucro cesante, por considerar que no se probó que el legitimado activo haya dejado de percibir las ganancias descriptas en el fallo.

Finalmente, ataca la tasa de interés aplicada, por entender que la suma de condena fue estimada a valores actuales y que ello produce una alteración del sentido económico del capital y un enriquecimiento indebido.

V. Suficiencia del recurso

Corresponde, en este punto, analizar las presentaciones realizadas por la citada en garantía y el actor en cuanto a la solicitud de deserción por insuficiencia de la objeción de su contraria (14 y 17 de mayo de 2021).

Conforme lo dispone el artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial, la impugnación debe contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que se consideren equivocadas. Así, con una amplitud de criterio facilitadora de la vía revisora, se aprecia que los ataques cuestionados son hábiles, respetando su desarrollo las consignas establecidas en esa norma del Código ritual, por lo que deviene admisible su tratamiento (art. 265, cit.).

VI. Ley aplicable

Al igual que lo decidido en la instancia anterior y que no fue debatido por las partes, la presente acción se analizará desde la perspectiva del Código Civil anterior, por ser la ley aplicable al momento de la ocurrencia del evento (arts. 3, CC; 7, CCCN).

Empero, aun cuando el hecho dañoso se consumó durante la vigencia de la norma referida, no así las consecuencias que de él derivan. Por ello, se impone diferenciar la existencia del daño de su cuantificación. Como reseña Aída Kemelmajer de Carlucci, la segunda de estas operaciones debe realizarse acorde la ley vigente al momento en que la sentencia fija su extensión o medida (autora citada, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", segunda parte, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 234).

Este deviene un criterio ya compartido también por la jurisprudencia. Así se ha expresado que: "El art. 1746 del Código Civil y Comercial es aplicable a una acción de daños intentada antes de su entrada en vigencia, en tanto la norma no se refiere a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino solo a las consecuencias de ella (art. 7, CCyC), máxime cuando la regla no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, sino que únicamente sienta una pauta para su liquidación" (Cám. Nac. de Apel. en lo Civil, sala A, in re: "A. A. R. c. G. A. M. s/ daños y perjuicios", sent. del 28/10/2015, publicado en: RCCyC 2016 (abril), 150; RCyS 2016- VII, 155, cita online: AR/JUR/63674/2015).

Por lo tanto, al tratar los rubros cuyos montos debate la parte actora recurrente, se aplicarán los artículos pertinentes del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

VII. La responsabilidad

Es un hecho consensuado que el señor Damonte sufrió un accidente en las instalaciones del local "Boulder", concretamente, en el sector de práctica de escalamiento.

En forma preliminar, cabe recordar que quien organiza una actividad y la aprovecha económicamente debe asumir los riesgos. Como consecuencia, se le impone al organizador la obligación de indemnidad personal y patrimonial de los consumidores (Ghersi, Carlos, "Teoría general de la reparación de daños", p. 206 y ss.).

Quien brinda los medios o el lugar para desplegar determinadas actividades debe procurar la inocuidad y velar por la seguridad ajena a ese respecto. En el caso de ocurrir un hecho lesivo, la responsabilidad surge aun cuando el demandado acredite que arbitró gestiones de cuidado diligentes. En efecto, se considera a la seguridad como un resultado y se responde toda vez que este no se alcance, sin necesidad de probar la relación causal con falencias de control y sin que exima la prueba sobre la efectividad de este deber (conf. Zavala de González Matilde Resarcimiento de daños Tº 4, editorial Hammurabi, p .381).

Vázquez Ferreyra define la obligación de seguridad como "... aquella en virtud de la cual una de las partes en el contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o sus bienes, sanos y salvos, a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación de forma expresa por las partes, impuesta por la ley o bien surgir tácitamente del contrato a través de su interpretación en base al principio de la buena fe..." (autor citado, "La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo", p. 105/06).

La responsabilidad objetiva basada en el deber de seguridad que en el sub-lite debía haber cumplido la entidad demandada, se prevé en los art. 3, 5 y 40 de la ley 24.240 -modificada por la ley 26.361-.

En consecuencia, el hecho debe analizarse bajo la égida de la normativa de Defensa del Consumidor -ley 24.240 y su modificatoria (ley n° 26.361)-, en tanto el damnificado se encontraba ligado a la accionada por una relación de consumo.

Ello pues, no cabe duda de que la relación entre el establecimiento y quien realiza un deporte, utilizando sus instalaciones, es la de un usuario involucrado en una típica relación de consumo. En aquella la obligación de seguridad se impone con especial fuerza y tiene una orientación tutelar preferente dirigida al consumidor o usuario como destinatario.

A su vez, el deber de custodia que recae sobre el proveedor abarca prestaciones tales como la vigilancia permanente, la remoción inmediata de obstáculos o elementos extraños y toda otra medida que pueda caber a los efectos de resguardar la seguridad, estructura y fluidez de la circulación (conf. C.N.Civ., Sala "G", L. 324.940 in re "J., C. c/ Carrefour Argentina S.A. s/ daños y perjuicios" del 13-5-02; íd., Sala "E", L. 431.848 in re "T., M. O. c/ Supermercado Ekono S.A. s/ daños y perjuicios" del 13-9-05, entre otros).

En suma, las normas referidas consagran la responsabilidad objetiva y solo permiten que el dueño o guardián se eximan total o parcialmente de responsabilidad, si acreditan una causa ajena: culpa de la víctima, culpa de un tercero por quien no deben responder o caso fortuito.

Sentado el cuadro legal aplicable a la especie y la postura de las partes en el pleito, corresponde analizar el plexo probatorio producido.

Con motivo del hecho, se instruyó la causa penal n° 750037029/2010, caratulada "Mirave, Enrique Matías. Centeno, Carlos Luis s/lesiones culposas-art. 94 -1° párrafo del Código Penal", en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 5, Sec. n° 75, que en este acto se tiene a la vista. Cabe señalar que el actor, el codemandado Centeno y la citada en garantía ofrecieron ese expediente penal como prueba (art. 386, CPCC).

El 21 de noviembre de 2010, el señor Damonte impulsó los obrados penales en términos similares a los planteados en estas actuaciones y acompañó fotografías emergentes del sitio web del comercio que luego reprodujo en el presente (fs. 2 a 5 vta. y 9/16, causa penal cit. y 1 a 3 y 7 a 262, esp. fs. 7/20 de estos autos).

A raíz de lo denunciado, se realizó la inspección del lugar de los por personal policía. Este informó que: "... se trata de una propiedad subdividida, a la que se accede por un pasillo, que, da al fondo, en donde nace dos escaleras hacia el primer piso. Al ingresar al inmueble por el pasillo, se pasa por debajo de un puente aéreo que comunica a los dos locales que existen en la propiedad. Una (sic) que se llega al fondo del pasillo, existen dos puertas, por las que se acceden a las escaleras mencionadas y se ingresan a ambos comercios. Que la puerta de (sic) derecha es el ingreso a TERRAVENTURA SALON DE FIESTAS, fiestas infantiles y preadolescentes, bautismos y eventos especiales, en dicho lugar se entrevistó al copropietario del fondo de comercio, Enrique Matías MIRAVE...quien permitió el ingreso al salón, sito en el primer piso, observándose una cama elástica, redonda que mide 2 mt. de diámetro aproximadamente, la cual cuenta con jaula a los costados, que llegan a los dos metros de altura aproximadamente. Se deja constancia que este salón se comunica por un puente aéreo con otro local sito en la misma catastral, denominado BOULDER el que funciona como ESCUELA DE MONTAÑA. Acto seguido, el deponente se constituyó en BOULDER, accediendo al mismo por la escalera izquierda, ubicada en el fondo del pasillo, de planta baja. En dicho local, se entrevistó con empleado quien refirió ser Matías DEVITO [y] que el propietario del comercio, es el mismo dueño del Salón de Fiesta. Que dicho lugar posee tres torres escalables, la cual (sic) alcanzan 10 mt. de altura aproximadamente. Que, en dicho predio, había personas, que se hallaban escalando, dejándose constancia que se hallaban bajo la mirada de instructor, utilizando para realizar tal actividad, cuerdas y arnés especiales..." (la mayúscula pertenece al original, fs. 63 y vta., causa penal cit.).

El agente que efectuó ese reconocimiento adjuntó a ese expediente penal un croquis, fotografías tomadas por él y un plano del local "Boulder" confeccionado por la división de scopometría (fs. 64, 83/84 y 94, causa cit.). De este material se desprende que ambos comercios se encontraban vinculados por un pasillo aéreo y que el muro escalador, en su longitud recta perpendicular al piso, asciende a unos diez metros de altura.

En coincidencia con lo testificado en estos obrados, el señor Marcelo Carlos Bernasconi, en ese expediente penal, declaró, el 8 de septiembre de 2010, que "... un día sábado del mes de noviembre de 2009, siendo alrededor de las 17.00 hs., acudió al comercio denominado 'Boulder'...Dijo que en el lugar se encuentra un muro de escalada deportiva, como así también sabe que se organizan fiestas infantiles. A preguntas respecto a si el lugar donde se organizan fiestas infantiles es el mismo a donde se encuentra el muro mencionado, dijo que no, pero ambos se comunican internamente. O sea, comen y organizan el cumpleaños en un local, pero también ha visto que los niños acuden al muro y se trepan. Creía que iban con animadores... el día de los hechos, cuando llegó al lugar junto a su amigo Gustavo Daniel Damonte, no vio a ningún niño, lo cual no quería decir que con anterioridad hubiera habido una fiesta infantil" (fs. 41 a 43, esp. fs. 41, causa cit.).

Agregó que "...al local se ingresa a través de una galería, para luego subir una escalera caracol. Concretamente la sala para escalar contiene un muro conformado por distintas estructuras de diferentes dificultades cada una...Una de las estructuras tiene una inclinación tal que toma parte del techo del local, tratándose de la 'torre' del medio..." (ídem, esp. fs. 41 y vta., causa cit.). Exhibidas que le fueron las fotografías acompañadas por el accionante, indicó que "...en la de fs. 16 se observa con claridad la torre más cer-

cana al ventanal que posee el local por donde estaba subiendo su amigo. En el extremo opuesto se observa un 'bouder' que es de más baja estatura" (ídem, esp. fs. 41 vta., causa cit.).

Por otra parte, con respecto a la cantidad de gente que efectuaba la actividad al producirse el hecho de marras, "...dijo que aproximadamente entre cinco y diez personas" y adicionó que "Había concurrido al lugar en alguna otra oportunidad, pero no era un concurrente asiduo. Al llegar se colocaron su equipo de escalada, desconociendo si allí se provee. Creía que podían proveer la soga. Por cuestiones de seguridad el dicente llevaba su equipo completo...Explicó que el dicente llevaba colocado su arnés y Gustavo el suyo. El declarante permaneció en el suelo 'dando seguro,' a través de un dispositivo denominado 'gri-gri,' el cual, en caso de una caída, traba la soga impidiendo llegar al suelo. A su vez, el muro, el cual presenta una altura de entre doce y quince metros, posee cada dos metros aproximadamente dispositivos de seguridad, tratándose de mosquetones a través de los cuales quien se encuentra ascendiendo pasa la soga. Ello hace que disminuya la fricción. En caso de caída, se detiene aproximadamente a la altura del último mosquetón... Además poseía el 'gri-gri,' el cual detiene casi inmediatamente la caída" (ídem, causa cit.).

Asimismo, aseguró que "...el deporte de escalada prevé la caída, ya que el objetivo es superar los distintos grados de dificultad, eligiendo distintas rutas dentro del muro, no evitar las caídas, como por ejemplo quien escala una montaña...Es así que todos los que suben caen y continúan subiendo por esa u otra ruta" (ídem, causa cit.).

En lo que atañe específicamente al suceso, apuntó que "Luego de que Gustavo hubiera pasado alrededor de tres mosquetones, tratándose de una altura estimada de seis metros, cayó al vacío. En esos momentos, golpeó contra un caño que salía de una cama elástica. esta poseía tres o cuatro caños, en los cuales había una red, suponiendo para evitar caída de quienes estuvieran saltando. Los mismos tenían una inclinación hacia afuera, por lo que si bien la cama no estaba pegada al muro, los caños quedaban cerca del mismo. No podría asegurar el lugar exacto en el que se encontraba la cama. La caída no fue de muchos metros, pero teniendo en cuenta que la cama tenía una altura de 80 centímetros y los caños alrededor de dos metros, quedaban altos. Así fue que Gustavo, golpeó contra el mismo y quedó colgando. Comenzó a gritarle 'me golpeé,' por lo que decidió bajarlo unos metros y ver cómo se encontraba. Sus gritos eran de dolor. Al observar determinó que presentaba un hilo de sangre y el pantalón roto. Lo bajó del todo y comenzó a sangrar abundantemente" (ídem, esp. fs. 41 vta. y 43, causa cit.).

Anexó que se acercó la gente presente en el lugar, arribaron dos ambulancias y bomberos y el damnificado fue conducido al Hospital Fernández. Sostuvo que lo acompañó, que le manifestaron que su estado era grave y que corría riesgo su vida y fue trasladado al "Sanatorio Corporativa Médica San Martín" (ídem, esp. fs. 43, causa cit.).

Destacó que "...el médico de la ambulancia del SAME dijo que era un caso de 'empalamiento'... A preguntas respecto a si antes de comenzar a subir el muro Gustavo, observaron la presencia de la cama elástica, dijo que posiblemente la habían visto, pero no le prestaron atención. A preguntas respecto a si había visto a alguien trasladando la cama elástica, dijo que no. Preguntado que fuera para que diga si con anterioridad había visto en esa ubicación a la cama elástica, dijo que sí, pero sin los caños ni la red. Es por ello que no le había llamado la atención. Estaba colocada cercana al muro y al ventanal por ese sector. Preguntado respecto a si había otras camas elásticas, dijo que no. La misma tendría un diámetro de dos metros. A preguntas en relación a si alguna vez le dijeron que quitaran la cama elástica, dijo que el dicente ni Gustavo manifestaron nada. Creía que otras personas sí estaban descontentas con su ubicación, pero otros se sentaban y 'daban seguro' desde ahí. Esta cama se movía un poco pero casi siempre estaba en el mismo sector. Había visto a nenes saltando por lo que suponía que tenía relación con los festejos de cumpleaños infantiles" (ídem, esp. fs. 43 y vta., causa cit.). Ante la vista de la fotografía obrante a fs. 16, especificó que "...lo que luce en su parte inferior es la cama elástica mencionada, la cual explica que posee más caños de los que recordaba, pero es la misma contra la cual impactara Gustavo" (ídem, esp. fs. 43 vta., causa cit.).

Finalmente, precisó que "Desde hacía mucho tiempo practicaba escalada deportiva y nunca había sufrido ningún hecho similar ni se había lesionado. Ello incluso porque el muro es inclinado, y sirve para que, al producirse las caídas, las personas no golpeen contra el mismo...A preguntas respecto a si hay un encargado en el lugar, dijo que sí, el cual observa y controla a las personas que realizan la escalada" y dibujó un croquis (ídem, esp. fs. 42 y 43 vta., causa. cit.).

En los obrados penales referidos también testificó el señor Iván Goldin quien se identificó como amigo del damnificado (fs. 44/45, esp. fs. 44, causa cit.). Efectuó una narración de los hechos, pero admitió que "no había visto el momento de la caída" y que "todo se lo había relatado Marcelo" (ídem, esp. fs. 44 vta.). Así, reconoció que "...un día sábado del mes de noviembre de 2009, en horas de la tarde...se encontraba ingresando al local comercial denominado 'Boulder'...Allí se practicaba la disciplina de escalada indoors. Había hablado con su amigo Gustavo...y le había dicho

que concurriría al lugar con Marcelo Bernasconi...Es así que acudió al lugar. Cuando estaba ingresando a la sala de escalada, sonó su celular y era Marcelo, siendo que en ese momento ya lo estaba viendo y le hacía señas para que mirara algo. Es así que prestó atención y había un tumulto de gente reunida junto al muro. Observó gotas de sangre y tendido en el piso estaba Gustavo" (ídem, esp. fs. 43 y 44 vta., causa cit.).

En lo atinente a la cama elástica, expresó que "...tenía varios caños en su contorno, en los cuales presentaba colocada una red de contención para evitar que cayeran los niños que saltaban en ella. Sabía que la utilizaban para fiestas infantiles que se celebraban en otro sector del lugar, pero desconocía concretamente la actividad de los menores. Sabía que a veces acudían al sector del muro. Aclaró que estos caños tenían más de dos metros, y la baranda contra la cual había golpeado Gustavo estaba corrida, como inclinada y carecía de la protección de goma que presentaba en la punta. La cama elástica tenía alrededor de 80 centímetros. Es por ello que suponía que Gustavo había golpeado contra dicho caño. A preguntas respecto a si observó otra cama elástica, dijo que no" y apuntó que "...era la primera vez que acudía a 'Boulder'" (ídem, esp. fs. 44 vta., causa cit.).

Agregó que "cuando vio a Gustavo estaba perdiendo mucha sangre, pero estaba consciente" y que lo acompañó en su rodado al hospital (ídem, causa cit.).

Cabe señalar que los señores Bernasconi y Goldín testificaron en las presentes actuaciones de forma coincidente con lo narrado en sede penal (fs. 469/474 y 567/571).

También consta en aquellos autos dos folletos -uno de cada comercio "Boulder" y "Terraventura"- (fs. 65, causa penal n° 750037029/10). En ellos se consignan diversos datos relativos a la oferta de los lugares, incluida la dirección coincidente en ambas publicidades (Arce 730, Las Cañitas). "Terraventura" promociona fiestas infantiles y de pre adolescentes, bautismos y eventos especiales, mediante los servicios de "Las mejores animaciones", "festejos deportivos (palestra de escalada, tirolesa, cama elástica)", "metegol humano" y "mini-disco".

A su vez, en su declaración indagatoria, el señor Centeno -codemandado en autos- adujo que "...el día que ocurrió el hecho investigado el dicente no se encontraba en el lugar, ni tenía que hacerlo, porque era otra la persona que tenía que estar. Si bien es copropietario de 'Boulder' y de 'Terraventura' existe un encargado del lugar...Aclara que...la cama elástica en cuestión no es de uso habitual en las instalaciones, siempre estuvo en un rincón, desconociendo porque (sic) fue movida del lugar donde estaba. Asimismo, tampoco es de imaginarse el peligro y el daño que causó. Agrega que no pudo prever de ninguna manera el hecho ni entonces evitarlo, y menos aún tuvo intención de causar el accidente. Hace saber que la cama elástica en cuestión contaba con protección, son unos capuchones que tapan envolviendo el caño, para hacer el caño menos duro; y vienen así de fábrica" (fs. 109 y vta., esp. fs. 109 vta., exp. penal).

Luego, se amplió la indagatoria aludida y el emplazado ratificó su descargo anterior y reconoció ser el único dueño de "Boulder" y "...co- propietario de 'Terraventura'...junto a Matías Mirave. Agrega tanto el día del hecho como en general los otros días no estaba en 'Boulder', delegando todo lo referente a las actividades que se desarrollaban en el lugar en la persona que estaba allí mismo contratada por la empresa, y que en este caso era Andrés Berrueco. Aclara que el mismo había sido empleado en 'Boulder' como encargado instructor por su experiencia y condiciones para los deportes de escalada. Asimismo, el Sr. Berrueco tenía todas las facultades para realizar cambios en la escenografía del lugar...No firmó ningún contrato..., pero al tomarlo para el trabajo quedó establecido en la misma charla su total responsabilidad por todo lo que allí sucediera..." (fs. 167/168, esp. fs. 167 vta., causa cit.).

Además, añadió que "La cama elástica en cuestión la compró el dicente y es de su propiedad...Prácticamente no se usaba y tenía uso únicamente cuando algún padre la solicitaba para el uso o saltos de un hijo, sin que fuera esto particularmente solicitado por los clientes de 'Boulder' o 'Terraventura' ya que era para cualquiera de los dos; aclarando que en estos casos se prestaba y no era explotada comercialmente..." (ídem, esp. fs. 167 vta. y 168, causa cit.). En adición, el señor Centeno acompañó a los obrados penales la factura de la cama elástica que habría intervenido en el evento, de la cual surge que gozaba de una protección de tres metros, e impresiones de publicaciones de internet para hacer constar que el señor Damonte era juez en distintas pruebas de escalada (fs. 161 a 166, causa cit.).

A su turno, el señor Mirave -coaccionado en estos obrados-, manifestó en su declaración indagatoria que "...es socio del Sr. Luis Centeno en el salón de fiestas denominado 'Terraventura', respecto del local 'Boulder' que es local especializado en deportes de escalada no tiene relación alguna. Este local 'Boulder' es propiedad exclusiva del co- imputado Centeno, siendo que lleva quince años aproximadamente en funcionamiento mientras que el salón de fiestas infantiles del cual es co- propietario tiene seis años de funcionamiento. No tiene ninguna relación con el local 'Boulder', con lo cual menos aún está dentro de sus facultades dar alguna directiva. Aclara que el día del

hecho no estaba presente en Arce 730 de esta ciudad. En relación con la cama elástica en cuestión, refiere que la misma pertenece al local 'Boulder'" (fs. 114 y vta., esp. fs. 114 vta., causa cit.).

Al ampliarse la indagatoria del señor Mirave, recalcó que "...la cama elástica es propiedad exclusiva del Sr. Luis Centeno encontrándose ubicada la misma dentro del 'Boulder', que ocasionalmente clientes del 'Boulder' que sabían de la existencia de la cama elástica y que concurrían a 'Terraventura' solicitaban la cama para el uso o saltos de un hijo...Los padres solicitaban personalmente la cama elástica al Sr. Centeno, quien se encuentra habitualmente en el lugar con el dicente...Aclara que el dicente como el Sr. Centeno tratan de estar siempre en el lugar de trabajo, y no están presentes únicamente cuando existen circunstancias que se lo impiden" y que "...el día del hecho no estuvo presente en su trabajo ya que no había ninguna fiesta, enterándose del accidente ocurrido recién a los diez días aproximadamente. Aclarando que no se entera ni tiene que enterarse de todo aquello que pasa en el local vecino 'Boulder'" (fs. 169 y vta., esp. fs. 169 vta., causa cit.).

El señor Andrés Bernardo Berrueco, indicado como supervisor del comercio destinado a la escalada, fue citado a prestar declaración indagatoria. En dicho contexto, refirió que: "...trabajaba como encargado en 'Boulder' cuatro años aproximadamente, siendo que el día que ocurrió el hecho investigado el dicente se encontraba en el lugar. Habitualmente los escaladores con experiencia como el damnificado se manejaban libremente en el salón. El día del hecho recuerda que también estaban en el lugar unos principiantes a quienes les prestó atención y colaboración. Mientras se encontraba asistiendo a estos sujetos...escuchó el ruido del accidente ocurrido. Se dirigió al lugar y asistió con los otros presentes en el lugar a la víctima. Aclara que la cama elástica en cuestión era de uso habitual en las instalaciones y siempre estaba en un rincón; que es el mismo lugar donde estaba cuando sucedió el hecho. En una oportunidad o por ahí en otra más, le comunicó al dueño del lugar Centeno que el escalador pasaba muy cerca de la cama demostrándole con esto que a su parecer la ubicación de la misma resultaba peligrosa y que debía cambiarse de lugar. Recuerda que se le dijo que no había otro lugar para la misma...Hace saber que la cama elástica en cuestión no la explotaba comercialmente 'Boulder' sino que lo hacía en salón de fiestas 'Terraventura' para los cumpleaños que allí de desarrollaban" (fs. 139 y vta., esp. vs. 139 vta., causa cit.).

En virtud de la prueba reseñada, en la etapa de instrucción de los obrados criminales se decidió sobreseer al señor Andrés Bernardo Berrueco y procesar a los señores Carlos Luis Centeno y Enrique Matías Mirave (fs. 173/180, causa cit.). La segunda instancia confirmó lo así decidido (fs. 211/212, causa cit.). Clausurada la instrucción, se elevó la causa a juicio, donde se decidió conceder a ambos procesados el beneficio de la suspensión del juicio a prueba por el término de tres años (fs. 241/242 vta. y 269/271 vta., causa cit.).

Sin embargo, que el demandado haya cumplido con las reglas de conducta que le fueron fijadas en sede penal no impide el dictado de sentencia que examine su responsabilidad civil (cfr. Sumario N° 18850 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil y CNCiv. Sala H in re: 512796 del 17 de diciembre de 2008).

Para la reconstrucción de lo sucedido, se agregan los testimonios producidos en estos autos. Entre ellos, el señor Bernasconi reprodujo su declaración en sede penal. Afirmó que "...Estos muros tienen unos seguros que son mosquetones... Yo encima tenía un dispositivo mío que se llama grigri (sic)..." (fs. 469/474 vta., esp. fs. 470, de estas actuaciones). Preguntado qué estaba haciendo el testigo al momento del impacto respondió que "...estaba con ese dispositivo, teniéndolo". Precisó que al indicar que bajó al actor, se refería a que "el dispositivo traba la cuerda y queda colgado a la altura desde donde pegó y allí hay que bajarlo, el dispositivo tiene una palanca que se mueve...Estaban todas las medidas de seguridad que corresponden al escalador tomadas..." (fs. 469/474 vta., esp. fs. 471).

Inquirido por la actitud que deben adoptar los escaladores si el terreno no está apto para llevar a cabo la actividad, contestó que "Si voy a un gimnasio y pago supongo que está apto...En un muro en un gimnasio tendría que ver si giran las tomas. Y eso no se hace generalmente...Pero uno confía en el lugar..." (ídem, esp. fs. 472 vta.).

Manifestó que no recuerda la distancia entre la cama y la palestra, que recién lo vio después del accidente, y que "...la torre está inclinada, no es derecha, aunque la cama esté a distancia de la pared cae igual. Si la pared era derecha no cae sobre el palo...No me percaté que la cama tenía esos palos, no me di cuenta que los palos estaban tan cerca de la pared. No vi a los palos" (ídem, esp fs. 472 vta. y 473).

Aseveró que el dispositivo denominado "gri-gri" frenó el descenso. De lo contrario, hubiera impactado contra el piso. En realidad, la distancia de caída es hasta que el dispositivo la detiene. Puntualizó que "... depende de la distancia que él subió desde la última chapa...hasta que llega a la otra. Y esa es la distancia que cae. Lo que frena es el grigri (sic) que yo sostengo que frena solo la cuerda" y que no recuerda cuántos metros cayó el actor (ídem, esp. fs. 473 y vta.). Luego, expuso que quien acciona el seguro es "...el asegura-

dor. Pero en este caso con este dispositivo es automático se acciona solo" (ídem, esp. fs. 474).

También declaró nuevamente el señor Goldin quien, con respecto a la palestra, adicionó que "...tenía mis reservas de ir por la mala fama que tenía el lugar...dentro de la comunidad de escaladores se comentaba que no era un lugar seguro" y reconoció la cama elástica en cuestión de la foto obrante a fs. 10 (fs. 567/571, esp. fs. 567 vta. y 568 vta., también de estos obrados).

Apuntó que "Era un muro que tenía una primera sección vertical y luego se convertía en extraplomado con un ángulo de alrededor de 60, 70 grados, no puedo precisar los grados...Estas eran las características de la vía que él estaba escalando. La cama elástica estaba por debajo del extraplomo, es decir la cama elástica estaba debajo de la parte que estaba invertida...La cama estaba al fondo casi llegando a la pared que da a la calle, cerca de la zona del lugar, debajo de la pared extraplomo, que fue el lugar donde Damonte se accidentó" (ídem, esp. fs. 568 vta. y 569). Especificó que le consta que era esa ruta porque "...él había hecho la mitad de la vía y lo estaban bajando o descolgando de esa..." (ídem).

Requerido al respecto, alegó que "...a una persona se la descuelga o desciende desde el último seguro que colocó, entonces si yo ascendí 4 metros y mi último seguro está a 3 metros a mí me van a descender 3 metros. Es decir desde el ultimo seguro. El último seguro de Damonte no recuerdo si era el tercero o el cuarto, que estaría a unos 3 o 4 metros del piso pero estaba sobre el extraplomo, en la parte de la pared que está inclinada negativamente" (ídem, esp. fs. 569 vta. y 570). Posteriormente, reafirmó que la pared vertical tenía dos seguros, que luego la cuerda hacía un ángulo y que, aunque no sabe exactamente cuántos seguros tenía ese tramo, él vio el último desde dónde lo bajaron (ídem, esp. fs. 570).

Con relación a la distancia entre la cama elástica y la pared, precisó que se encontraba "Quizás a un metro de distancia de la pared inclinada. No podría precisar a cuantos metros estaba de la pared vertical" (ídem, esp. fs. 570 vta.).

En cuanto a las medidas de seguridad que debió adoptar el accionante siendo instructor de escalada, desarrolló que "...se debe contar una (sic) arnés para encordarse, una cuerda. Se debe ver cómo es la caída que podría llegar a tener en la vertical que no haya ningún objeto, o que yo no pueda llegar al piso. Porque sino me voy a lesionar. Pero puedo realizar un péndulo en mi caída. Aunque si hay objetos que están al costado no puedo prever si durante una caída yo me voy a un costado o hacia otro" (ídem, esp. fs. 569 y vta.).

Por su parte, el señor Federico Testoni dijo conocer al demandado Centeno del grupo de escalada y practicar la actividad desde 1987. Apuntó que en el lugar donde se practicaba escalada había "...un puente aéreo que cruzaba en frente...no sé exactamente qué había. Pero debe haber sido algo de chicos porque a veces había chicos que entraban para hacer alguna tirolesa o alguna de esas actividades. Yo nunca entré a ese otro lugar" (fs. 539/542vta., esp fs. 539/540). Señaló que "Todas las paredes tenían las medidas de seguridad que tenían que tener las palestras" y luego puntualizó en qué consisten (ídem, esp. fs. 540).

Describió que se pueden producir caídas por "...la falta de fuerza en las manos por ejemplo. Técnicamente equipar mal la ruta, pasar mal la cuerda por el mosquetón... La consecuencia de una caída, depende de qué altura esté y cuántos seguros puso... La caída la frena la cinta expres que está amurada" y que no había ningún elemento externo a la palestra que pueda detenerla, solo la soga (ídem, esp. fs. 540 vta.). Consultado con respecto a qué actitud tomaría ante la advertencia de un caño o fierro cerca de la palestra contestó que "si lo puedo sacar, lo saco y si no, no se sube a la palestra" (ídem). Preguntado por la presencia del señor Centeno, respondió que "...estaba allí todo el tiempo" (ídem, esp. fs. 541, exp. cit.).

A su vez, reconoció al comercio descripto como el de las fotografías obrantes a fs. 7/19 que le fueron exhibidas. Al preguntársele por el objeto que se ve al fondo de la imagen de fs. 10, referenció que "Esto es una cama elástica. No cumple ningún objeto. Las veces que yo fui a escalar nunca tuve una cama elástica allí. Amortiguar una caída con una cama elástica es de circo. No hay posibilidad de llegar a caer en la cama elástica teniendo los seguros en la pared, no da la distancia de la cuerda..." (ídem, esp. fs. 541 y vta., exp. cit.).

Luego, identificó el lugar de ingreso de los niños en la imagen de fs. 15 y enfatizó que "... en el espacio que hay allí había una tirolesa que iba de un lugar a otro y los chicos tenían un arnés puesto" (ídem, esp. fs. 542). Indicó que el grado de confiabilidad que tienen los seguros de la palestra debe ser del "100 por ciento sino no escalo", que realiza un reconocimiento antes de escalar y verifica "...que no tenga nada alrededor que me pueda golpear y por cada cinta que voy pasando la voy chequeando" (ídem, esp. fs. 542 y vta.).

A su turno, el señor Tomás Demblide, manifestó conocer "...a Carlos Luis Centeno del barrio y de haber ido al salón donde está el lugar de los juegos y

todo eso, la palestra... este Salón pertenece a Luis" (fs. 543/544 vta., esp. fs. 543).

Deslizó que el local "...tiene un puente que se va a otro lugar que se tiene todo para trepar, la palestra... Después, estaban dos salones divididos...y se comunicaban...por un puente... Después había para que los chicos se tiren por una soga, una tirolesa, que estaba en la parte de la palestra... En el salón de la palestra había para colgarse, es un lugar para engancharse, con sogas y esas cosas... Después saltaban en una cama elástica, que estaba a un costado, del salón donde estaba la palestra...en el sentido más cercano a los vidrios. La palestra está más para el otro lado. Estará a seis o cinco metros más o menos, no sé." (ídem, esp. fs. 543 y vta.).

Asimismo, sostuvo que aquella se podía mover, que "estaba parada como una biblioteca, y se bajaba para utilizarla" y que el encargado de trasladarla era "el que maneja el cumpleaños, siempre había un encargado del lugar, a veces estaba Luis, es decir el Sr Centeno o había otra persona" (ídem, esp. fs. 544). Mostradas las fotografías obrantes a fs. 7/18, reconoció el lugar como aquel donde se hacían los cumpleaños y la cama elástica de fs. 10 como la descripta, puntualizando que era su ubicación habitual (ídem).

En su oportunidad, el señor Christian Alberto González admitió que "...al Sr. Matías y al Sr. Centeno los conozco de enfrente. Porque tenían ellos el pelotero...Yo soy encargado...del edificio que está en frente del local que tienen ellos, de la palestra y del salón de fiestas" (fs. 545/547 vta., esp. fs. 545). Señaló que había festejado allí la comunión de su hijo hacía ocho o nueve años desde su declaración (2015) y un cumpleaños (ídem, esp. fs. 545 y vta.). Describió al salón de la siguiente forma: "... había una puerta que tenías un corredor aéreo que pasabas a la palestra, que allí podías ir también. Era todo tejido, estaba todo resguardado. En la palestra tenías una tirolesa...No me acuerdo en la comunión pero en el cumpleaños de mi hijo había una cama elástica. La cama elástica estaba..., mirándolo de frente, a mi derecha estaba la palestra y a la izquierda entre el vidrio que da a la calle y el vidrio que da a la galería estaba la cama elástica." (ídem, esp. fs. 545 vta., exp. cit.).

En cuanto a la distancia de la cama y la palestra puntualizó que "... Exacto no lo sé, pero tendría unos 7 u 8 metros, porque estaba en un rincón cuando no se usaba. Porque cuando había cumpleaños, y los chicos usaban la palestra ponían la cama para un rincón. Y la tirolesa era una soga que se ponía cuando se usaba nada más." (ídem, esp. fs. 546). En tanto a la lejanía entre la cama y la palestra cuando esta era utilizada, la detalló en "...unos cuatro metros, tres metros, entre tres y cuatro metros" (ídem, exp. cit.).

Además, consignó que la cama elástica se ve desde la vía pública, del lado de la vereda de enfrente y que "...cuando los chicos saltaban, la cama estaba desplazada hacia el medio. Cuando estaba en el rincón, no se podía usar por un tema de seguridad, creo yo, por los cristales que estaban" (ídem, exp. cit.).

Reconoció el lugar a partir de las fotografías de fs. 7/18 y la cama elástica referida en la imagen de fs. 10 (ídem, esp. fs. 546 y vta.). Especificó que esa no era la posición habitual del elemento, que cuando se utilizaba se desplazaba hacia el centro y, cuando no, se movía a un costado que no se aprecia en la foto y que ello lo hacían los instructores que ayudaban a los chicos en los festejos (ídem, esp. fs. 546 vta.). Específicamente en el evento celebrado por él, explicó que la corrió "...un muchacho que organizaba los chicos...con Luis Centeno" (ídem, exp.cit.).

Recordó que el salón ofrecía "el pelotero, que era el metegol inflable, un rato de baile para los chicos, tirolesa, y la palestra. Y algunos chicos cama elástica... Una vez que estabas en el salón al ser chico, iban por el acceso de arriba...con los instructores...Era un paso de lado a lado...del salón a la palestra" (ídem, esp. fs. 547). Agregó que en las dos celebraciones que realizó en dichas instalaciones vio la cama elástica del lado de la palestra (ídem, esp. fs. 547 vta., exp. cit.).

En tanto a la calificación profesional del señor Damonte en la actividad de escalada, el testigo Héctor Fernando Cuiñas, presidente del Centro Andino, formuló que lo conoció como "...una...de las personas que se integraron a las actividades deportivas e institucionales del Centro Andino. Al punto de ser miembro... de la comisión directiva del club en algunos lapsos de tiempo. Y de ser instructor en los cursos que dicta el Centro Andino Buenos Aires, hace unos 8 o 9 años atrás..." (fs. 572/574, esp. fs. 572 y vta.).

Expuso que "...las responsabilidades en materia de seguridad que el administrador de un muro de escalada...son muy grandes...en el caso de un boulder la seguridad está en manos del que tiene su custodia. Porque cualquier situación anómala puede generar un accidente. Estos accidentes en los boulder generalmente son menores, accidente de gravedad es algo extrañísmo" (ídem, esp. fs. 573 y vta.).

Enunció que si "el administrador de un muro...percibe dentro del radio de caída de un escalador [que] puede presentarse un obstáculo... se lo elimina...y si no se puede eliminar como puede ser una puerta con una arista filosa o una superficie vidriada, por ejemplo un canto sobresaliente se lo protege con espumas, colchones, acondicionadas para evitar un golpe mayor" (ídem). Luego, precisó que si el instructor percibe que puede presentarse algún obstáculo debe "irse

a escalar a otro lado" (ídem, esp. fs. 574). Expuso que "la caída forma parte inherente de la actividad porque es una forma de conocer los propios límites" (ídem, esp. fs. 573 vta.).

A su turno, el señor Daniel Ernesto Hoc, contador del codemandado Centeno, apuntó conocer al señor Mirave porque ambos le hicieron consultas al asociarse para explotar un salón de fiestas y ubicar al local situado en la calle Arce 730 de esta ciudad, por haber asistido para resolver consultas impositivas y en otras oportunidades con sus hijos, para escalar el muro (fs. 857/859, esp. fs. 857). Describió que "... había un sector que podríamos llamarle pelotero y como una mini disco. Y otro sector donde había un muro de escalada, que estaban comunicados por una pasarela...Eran dos galpones parabólicos unidos por un puente, en uno estaba el pelotero y en el otro estaba la palestra." (ídem, esp. fs. 857 vta.).

Con posterioridad, explicó que "del lado de la palestra había contra una pared un muro con tomas. Eso cubría toda la medianera. Y sobre el sector que daba a lo que sería la galería había...una cama elástica" y luego aclaró que nunca la vio en otro lugar, que "...siempre estaba contra los blindes (sic). Había dos paredes de vidrio...y la pared con las tomas estaba sobre la medianera del vecino y frente a la pared estaba el acceso por el puentecito y el único lugar que quedaba era el ángulo formado por la vidriera. Y en ese lugar estaba la cama, era en el único lugar donde cabía. La cama estaba en el piso. Yo nunca vi la cama en uso, porque yo nunca fui por una fiesta" (ídem, esp. fs. 858). En tanto a la distancia existente entre la cama y la palestra, apuntó que "no me acuerdo el tamaño de la cama, pero calculo que si la pared estaba allí y la cama en ese lugar, podría haber 4 o 3 metros" (ídem).

Arguyó que ambos comercios "...tenían entradas independientes... Pero por la forma que estaba diagramado todo el mundo entraba por uno, por el...salón... Eran dos locales unidos...", y que le consta que el acceso principal de los clientes era por el salón de fiestas porque "La palestra era una actividad, un servicio adicional que se brindaba en el evento. Por eso entiendo que se desarrollaba la actividad en el salón de fiestas y luego se pasaba a la palestra", pero que esta también "funcionaba como un servicio específico, no incluido en el (sic) fiesta infantil, de hecho iban adultos a entrenar" (ídem, esp. fs. 858 vta.). Aseguró que sabe que la palestra era un servicio adicional "porque constaba en la publicidad y por los dichos de los socios que era la actividad que le generaba una diferencia respecto de otros salones de fiesta" (ídem, esp. 858 vta y 859, exp. cit.).

A su vez, el señor Daniel Mariano Gollan adujo conocer al codemandado Centeno por el ámbito de la montaña, dijo frecuentar "Boulder" a partir del 2007 hasta que cerró en el 2009 y realizó una descripción del lugar (fs. 860/863). Indicó que la idea es que las caídas no sean frecuentes y que "si uno ve que se va a caer o si se cansaron las manos le avisas al de abajo, 'dame tensión' y reducís el riesgo de la caída...Antes de escalar uno se fija por donde conviene subir, cuáles son los riesgos" y que, ante la presencia de un objeto que ponga en riesgo la integridad física, la actitud del escalador debe ser no subir (ídem, esp. fs. 860 vta.). Adicionó que "Boulder" no poseía ningún elemento que ponga en riesgo la integridad física de los escaladores (ídem).

Desplegó que, para practicar la actividad, se necesita un mínimo de dos personas "...uno que escala y otro que le de seguro al que escala" y que la función del que da seguro "es lo más importante, es el que le salva la vida al que escala si se cae. Es el que frena la eventual caída del que está escalando, tiene que ser una persona que sepa" (ídem, esp. fs. 861).

En lo relativo a la distancia de caída hasta que se produce el frenado, coincidió en lo antedicho por otros testigos, en tanto "...depende [de] la distancia que exista entre los seguros de la ruta. Si uno tiene un seguro cada cinco metros y uno se cae antes de poner el segundo seguro, uno se cae esos cinco metros más la distancia que demore la cuerda en frenar...Si los seguros tienen más distancia entre sí la distancia de caída va a ser mayor" (ídem).

En lo que respecta al local referido, señaló que "lo que recuerdo que el primer seguro estaba a mi altura, que es un metro ochenta. Y después tenías un seguro por metro, más o menos... En el peor de los casos, se tiene un metro que es la distancia entre seguro y seguro, más el estiramiento de la cuerda, que no se podrá estirar mucho en esos muros chicos, no podría ser más de un metro. Más lo que se estire la cuerda de la persona que da seguro. Que es la persona que provee seguro, pero tiene que estar muy atento porque si en ese momento se cae es más cuerda para la caída. La cuerda se estira medio metro que es lo más menos podría estirarse la cuerda. También depende del peso de la persona... Si la persona está atenta la caída en el Boulder tendría que ser un metro de seguro y seguro más el medio metro que da la cuerda es decir la caída debería ser una distancia de un metro y medio con toda la furia... El metro se calculó desde el último seguro en que uno puso la cuerda" (ídem, esp. fs. 861 vta.).

Preguntado por el sistema "gri-gri" referenció que: "...es un sistema autobloqueante...para dar seguro, que lo que sucede cuando se genera tensión en la cuerda, estrangula la cuerda y se produce el frenado automáticamente..." (ídem, esp. fs. 862). Por el perso-

nal presente, reflexionó que "...había coordinadores, dos o tres... se fijaban, y sobre todo si era la primera vez que ibas", y estos, ante un potencial obstáculo peligroso, deberían "...en principio...resguardar la seguridad del que escala, remover el obstáculo, que no escale" (ídem, esp. fs. 862 y vta.). Añadió que la forma de caer, vertical o pendular, no depende del seguro si no del escalador (ídem, esp. fs. 863).

Los restantes testimonios no aportan a la mecánica del evento.

De los testimonios antes transcriptos surge que aun cuando la práctica realizada por el actor es de exigencia física y que posee sus riesgos propios, en este caso, el daño que padeció no fue producto de las características de ese deporte sino por encontrarse un objeto ajeno a esa actividad y que produjo un daño en el sector de escalamiento, como es, en este caso, la cama elástica.

Cabe sintetizar, de todo lo descripto, que el señor Damonte estaba escalando una pared con inclinación, sujetado por el señor Marcelo Carlos Bernasconi, conforme indican las reglas del arte. Además, el actor tenía colocado el equipo pertinente y estaba usando el sistema de los sujetadores -identificados como "gri-gri"- que permiten que, ante la tensión de la cuerda que sujeta al escalador provocada por una caída, la estrangula y la frena automáticamente. Sin embargo, en este caso, en el trayecto de la caída había una cama elástica, la cual, con los hierros que sostienen la red de contención para evitar caer al saltar -que quedó acreditado que oscilan en los dos metros de altura- lastimó al accionante al desplomarse, pues, aun cuando por los dispositivos de seguridad empleados para escalar no cayera al piso, su trayecto estuvo interrumpido por ese objeto. En este caso especial, por el lugar de la ubicación de la cama elástica -empleada para los cumpleaños infantiles que también se celebraran, aun parcialmente, en el lugar- provocó el daño que motivó estas actuaciones y revela el incumplimiento del deber de seguridad por parte de los prestadores del servicio (Cám. Nac. Apel. Civ., Sala G, "M.,M.N. c/ L.M.C. y otros s/ Daños y perjuicios", sent. del 9- IV-2021, RCyS 2021-IV-106). Máxime cuando en ese espacio hay coordinadores que justamente pretenden evitar todos los riesgos, lo que se demostró con los dichos del testigo Berrueco (arts. 386, 456, CPCC).

Además, conforme se anticipó, la circunstancia de que el daño padecido por el actor se haya generado en el marco de una relación de consumo -específicamente en la práctica del deporte de escalada- ilustra la vulneración de la garantía de seguridad, la cual que se le debe en su carácter de consumidor (art. 40 de la ley 24.240).

En cuanto a la alegada culpa de la víctima, como eximente de responsabilidad, no se acreditó que por el lugar donde la cama elástica estaba ubicada al tiempo del hecho fuera evidente para el usuario el peligro, aun cuando este tenga práctica en ese desempeño. Las fotos del lugar acompañadas al expediente fueron de tiempo después del hecho y la ubicación de los objetos al momento del accidente solo pudo reconstruirse por los testimonios (arts. 386, 456, CPCC). A todo evento, si hubiera sido tan evidente el potencial riesgo de la cama elástica por su ubicación -lo cual, como se afirmó, no fue acreditado, lo que correspondía como carga a los demandados (arts. 377, CPCC)-, también hubiera podido percibirse por los coordinadores de la actividad que se encuentran en el lugar para evitar riesgos.

Tampoco modifica lo expuesto la circunstancia que el señor Damonte sea secretario de una institución que nuclea a quienes hacen ese deporte, pues ello no garantiza su mayor conocimiento, pues solo se trata de una función representativa.

El argumento del codemandado Mirave atinente a no ser explotador del comercio "Boulder" ni de la cama elástica, no se comparte.

De la prueba informativa remitida por "Rufika S.A." surge que esta firma suscribió un contrato de locación con los señores Carlos Luis Centeno y Enrique Matías Mirave, respecto del inmueble sito en la calle Arce 730, local 13, con vigencia desde el 1 de febrero del 2005 hasta el 3 de enero de 2008 y que dicho contrato fue objeto de sucesivas prorrogas, operándose la rescisión el 11 de diciembre de 2012 (fs. 945).

Por otro lado, el certificado de habilitación para la realización de fiestas privadas infantiles en el inmueble locado figura a nombre de ambos codemandados (fs. 1345).

Asimismo, de la folletería agregada a estos autos y a la causa penal se lee, conforme lo anticipado: "Terraventura, Fiestas infantiles y preadolescentes/eventos especiales-Las mejores animaciones-Festejos deportivos (palestra de escalada, tirolesa, cama elástica) -Metegol humano- Minidisco y mucho más..." (fs. 1342 y fs. 65, causa penal n° 750037029/2010).

Incluso, al efectuar el reconocimiento visual, el agente policial consignó que la cama elástica se encontraba en el local "Terraventura" y que ambos comercios se comunicaban por un puente (fs. 63 y vta., causa penal cit.), en coincidencia con lo manifestado por los testigos, que declararon que las fiestas infantiles transcurrían en las dos instalaciones. En base a todas estas probanzas, dable es colegir que el señor Mirave también utilizaba el espacio de escalamien-

to para hacer las fiestas infantiles y que, además, la cama elástica, propio para la diversión infantil y que provocó el daño, estaba en el sector de escalamiento. Además, el contrato de locación estaba a nombre de los dos demandados, ambos lugares -el salón de eventos y la palestra de escalada- estaban unidos por un puente y, finalmente, el folleto de la firma "Terraventura" da cuenta de que incluía dentro de sus entretenimientos la palestra de escalada y la cama elástica, lo que los testigos corroboraron. A su vez, pese a ser un servicio prestado por el salón de fiestas, la cama elástica estaba ubicada en el sitio destinado a escalar.

Por ello, el argumento de la aseguradora, en cuanto a que solo cubre los riesgos de "Terraventura", pierde valor, pues, dentro de los entretenimientos de esta firma, estaba promocionada la palestra y el elemento generador de las lesiones, por lo que debe responder por los daños derivados de su uso.

Así pues, acreditados los presupuestos de la responsabilidad y no la ruptura del nexo causal que exima la responsabilidad, entiendo que corresponde confirmar la sentencia recurrida en este aspecto, lo que así propongo al Acuerdo (conf. arts.3, 5, 40 leyes 24.240 y 26.361; 1113, 2da parte del C.C.; 377, 386 CPCCN).

VIII. La indemnización

Previo a tratar los rubros cuya revisión se pretende, se aclara que el legitimado activo supeditó su reclamo a la fórmula de lo que más o en menos surja de la prueba a producirse (fs. 1 a 2 y 7 a 262, esp. fs. 260).

a) Incapacidad psicofísica sobreviniente

El Señor Juez de grado reconoció por daño psicofísico la suma de $275.000. El actor, el codemandado y la citada en garantía se agravian de esta justipreciación en función de las quejas antes desarrolladas.

En el supuesto de lesiones, el daño patrimonial se configura cuando existe incapacidad o disminución de las aptitudes físicas o psíquicas que incide en las posibilidades laborales y en tanto genera una restricción de la potencialidad productiva, el que es indemnizado como daño emergente.

Es decir, probada la merma de esa aptitud para tener un trabajo, el daño ya existe, pues su anterior plena potencialidad se encuentra limitada en el porcentaje que la experticia indica, lo que trasluce un perjuicio ya sea para trabajar o buscar una nueva labor (esta Sala, causas n° 33.977/2013, sent. del 20-III-2019; 86.684/2013, sent. del 4-IV-2019, entre otras).

De las copias de la historia clínica acompañadas por el "Hospital General de Agudos Dr. Juan A. Fernández" se desprende la atención que el actor recibió en ese nosocomio el día de los hechos (21 de noviembre de 2009) -fs. 1078/1082-. De estas surge que el damnificado ingresó a dicho centro de salud con herida penetrante en región perineal, con posible compromiso de recto y uretral (por empalamiento). A su vez, que se le realizaron estudios clínicos y fue derivado, a través de su obra social, al Sanatorio "Corporación Médica de Gral. San Martín S.A." (ídem).

Asimismo, se cuenta con las copias certificadas de la historia clínica remitidas por este último centro de salud, de las cuales emerge la atención que recibió el legitimado activo ese mismo día, las cirugías se le efectuaron y que permaneció internado hasta el día 14 de diciembre del 2009 (conf. documentación reservada y fs. 962/986).

Posteriormente, el Sanatorio Güemes remitió copias de la historia clínica, mediante las cuales se corrobora la internación médica en ese nosocomio desde el día 2 de agosto de 2010 hasta el 4 de agosto del mismo año (fs. 864/871, esp. fs. 870).

Finalmente, a través de la prueba informativa remitida por el "Hospital Gral. de Agudos Carlos Durand" se tienen por probadas las prestaciones médicas realizadas al señor Damonte en los meses posteriores (fs. 875/880).

En la especie, el perito médico designado en autos, luego de analizar las constancias médicas y realizar el examen físico, expuso que: "Se observan las cicatrices de la colostomía, de la talla vesical y de la malla ventral... El actor sufre una caída en un gimnasio cuando estaba escalando, y golpea contra el parante de una cama elástica, sufriendo la ruptura del periné, de la cadera y de la uretra. Durante un largo tiempo debió someterse a varias intervenciones quirúrgicas, quedando como secuela la dificultad para orinar por una obstrucción (estenosis) a nivel del uréter, consecuencia del traumatismo padecido. El estudio realizado confirma dicha patología" (fs. 1114, 1116, 1122 y 1124, esp. fs. 1114 vta.). En tal inteligencia, determinó "...una incapacidad parcial y permanente del 20 % de la total de acuerdo al baremo del Dr. Rubinstein" (ídem).

Requerido por las partes, con posterioridad, consignó que "El actor no presenta actualmente incontinencia intestinal. No hay antecedentes clínicos de disfunción eréctil" y que "Existe...una relación causal clara entre el accidente y la patología del actor" (ídem, esp. fs. 1122 y 1124).

En el aspecto psíquico, expresó que padece una "neurosis de angustia grado moderado" y fijó "...una incapacidad parcial y permanente del 25% de acuerdo al baremo del Dr. Castex" (ídem).

Finalmente, calculó que la incapacidad psicofísica total es del 45% (ídem, esp. fs. 1116)

Dable es precisar que los dictámenes deben valorarse de conformidad a las reglas de la sana crítica y con sujeción a las normas de aplicación al caso (esta Sala, causas 20586/2016, sent. del 21-II-2019; 33.977/2013, sent. del 20-III-2019, 86684/2013, sent. del 4-IV-2019, entre otras).

Éstas indican que, para apartarse de la pericia suficientemente fundada, es necesario oponer argumentos científicos que pongan en duda su eficacia probatoria. Las meras opiniones en contrario, sin esgrimir motivos valederos, son inhábiles para provocar el apartamiento de las conclusiones vertidas por quien es experto en un área de la ciencia o técnica (art. 477 del CPCC; esta Sala, causas 20586/2016, sent. del 21-2-2019; 33977/2013, sent. del 30-3-2019, entre muchas otras).

Por otro lado, el artículo 1068 del Código Civil al referirse a "perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria", indirectamente por mal hecho a las "facultades" de la persona, permite emplazar allí todo detrimento económico a la salud del ser humano, comprensivo de sus aptitudes físicas y psíquicas que le permiten desarrollarse como tal entre ellos al denominado "daño psicológico" (SCBA, opinión personal del señor Juez doctor Pettigiani, causa C 58505, sent. del 28-IV-1998 y en C 90471, sent. del 24-V-2006). Reconocida su existencia, procede su reparación, pues caso contrario se produciría un enriquecimiento injustificado en el patrimonio del actor.

De la descripción efectuada, el daño psicológico incide en la aptitud de la persona para generar un empleo, es decir, en su capacidad productiva, en tanto el daño moral alcanza a la incidencia en el espíritu y tranquilidad interna de la persona, de allí su incidencia en el aspecto extrapatrimonial. Por ello, corresponde se repare este perjuicio independientemente del daño moral.

Sentado lo expuesto, y en atención a que el actor padeció incapacidades múltiples, la merma total se alcanza-contrariamente a como lo hizo el experto-mediante la suma, en orden decreciente, de la disminución mayor y la restante, que se calcula sobre el porcentaje de incapacidad residual. Por ello, se concluye que, en la especie, el legitimado activo padece una incapacidad psicofísica global parcial y permanente del 40%.

En síntesis, a fin de analizar la justipreciación realizada en la instancia de grado, hay que tener en cuenta las minusvalías descriptas en los informes periciales, las incapacidades advertidas y las circunstancias particulares del actor como es el haber tenido 41 años al momento del evento (conf. beneficio de litigar sin gastos n°33711/13 que por cuerda corre a las presentes) y el tiempo de vida que le queda por delante.

En función de dichas premisas, es que propongo al Acuerdo rechazar los agravios del emplazado y los de la aseguradora, hacer lugar a los del accionante e incrementar la suma establecida por incapacidad psicofísica a la cantidad de $3.600.000 (pesos tres millones seiscientos mil; arts. 3, 1068, CC; 7, CCN; 165, 386,477 CPCC).

b) Tratamiento psicoterapéutico

En la instancia de grado se reconoció por este ítem la suma de $76.800. El actor considera que ese monto es exiguo. En contraposición, el emplazado Centeno peticiona su rechazo y la aseguradora su reducción.

Existiendo entre el daño y el accidente relación de causalidad y surgiendo de la peritación la necesidad de tratamiento psicoterapéutico, los responsables del hecho deben satisfacer las erogaciones necesarias a fin de solventarlo, con el fin de lograr la disminución de las secuelas producidas o evitar un agravamiento del cuadro.

En lo relativo a este punto, el experto concluyó que el actor debe realizar una psicoterapia con una frecuencia bisemanal y a un costo que estimó en el orden de $350 a $700 por sesión, sin indicar la duración del tratamiento (fs. 1114, 1116, 1122 y 1124, esp. fs. 1122).

Valorando positivamente los términos del dictamen, entiendo que el promedio de los valores por costo de cada sesión es de $525. Por consiguiente, siendo prudente el plazo de un año que estimó la sentencia, se propone reducir la suma a la de $54.600 (pesos cincuenta y cuatro mil seiscientos; art. 165 del CPCCN).

c) Daño moral

El juez *a quo* reconoció por este detrimento en la suma de $350.000. El actor se queja por ser escasa. El accionado y la citada en garantía la cuestionan por improcedente e injustificada.

Como sostuvo esta Sala en varios precedentes, la indemnización persigue la satisfacción de la víctima por el victimario a través de una prestación de índole patrimonial que se le impone a este último a favor de aquella, aunque no siempre el rol de tal reparación es estrictamente resarcitorio sino que puede ser satisfactorio, como ocurre con el daño moral.

La valoración de este rubro debe efectuarse teniendo en cuenta la entidad del daño moral, en función de

la gravedad del menoscabo (conf. Bueres, Ponencia presentada en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil con la adhesión de los Dres. Banchio, Pizarro, Vallespinos, Zavala de González, entre otros).

En esa dirección se orienta la opinión prevaleciente en doctrina al propiciar la reparación integral, para algunos plena, de todo perjuicio provocado.

Debe decirse, asimismo, que si bien es cierto que el daño moral, por aplicación de las reglas que rigen la carga de la prueba, debe ser acreditado por quien pretende su reparación, es prácticamente imposible utilizar para ello una prueba directa por la índole espiritual y subjetiva del menoscabo.

En cambio, es apropiado el sistema de la prueba presuncional a fin de evidenciar el daño de ese orden. Los indicios o presunciones hominis se efectúan a partir de la acreditación por vía directa de un hecho del cual se induce indirectamente otro desconocido, en virtud de una valoración hecha por el Juzgador basada en la sana crítica (art. 163 del ritual).

Por lo tanto, es necesario probar indefectiblemente la existencia del suceso que origina el daño debiendo darse entre aquel y este último una relación de causalidad que, conforme el curso normal y ordinario, permita, en virtud de presunciones hominis, evidenciar el perjuicio.

Por consiguiente, en vista a cómo ha incidido el evento dañoso en la vida del señor Damonte, su edad al momento del evento, la alteración en su ánimo que provocaron los padecimientos de salud, las múltiples intervenciones quirúrgicas y periodo de convalecencia sufrido, postulo al Acuerdo rechazar los agravios expresados por el accionado y la citada en garantía, hacer lugar a las quejas del actor e incrementar la suma fijada por este concepto a la cantidad de $ 670.000 (pesos seiscientos setenta mil, arts. 3,1068, CC; 7, CCN; 165, 386, 477 CPCCN).

d) Lucro cesante

El primer sentenciante reconoció por este rubro la suma de $75.600. El accionado y la citada en garantía se quejan de esta justipreciación por entender que no se ha probado el menoscabo económico que sufrió el accionante a raíz del accidente.

Cabe puntualizar que el lucro cesante se genera cuando lo que se pierde es una ventaja económica esperada, un enriquecimiento patrimonial previsto (Orgaz, "El Daño Resarcible", año 1952, pág. 45).

La indemnización por este ítem procede cuando no solo se prueba la simple posibilidad de haber obtenido una ganancia, sino que es necesario demostrar la privación de un acrecentamiento patrimonial, que hubiera podido obtener verosímilmente, conformando de este modo un daño cierto (Santos Briz, "La Responsabilidad Civil", 2da. edición, pág. 228 a 230; esta Sala, causa n° 79815/2016, sent. del 7-VI-2019, entre otras).

En consecuencia, "El lucro cesante está configurado por las ventajas económicas esperadas de acuerdo a las probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas, cuya admisión requiere una acreditación suficiente del beneficio económico y que exista un concreto grado de probabilidad de que el daño se convierta en cierto." (CSJN, "Consultora Megator S.A. C/ Estado Nacional s/ordinario", C. 1057. XLIX. ROR, sent. del 9/12/2015, Fallos: 338:1477).

En el caso de autos, varios testigos han referido las ganancias que dejó de percibir el señor Damonte como consecuencia de las secuelas y lesiones que le provocaron del accidente.

El primero de ellos, el señor Rubén Oscar Tumburus declaró lo siguiente: "vivo a media cuadra del negocio que tiene, venta de perfumería regalos... trabaja allí. No sé cómo se llama el negocio. Tengo entendido que el negocio es de él y de la hermana que no me acuerdo como se llama. Esto lo sé porque lo veo a diario, de mi casa se ve el negocio, o sea que lo veo...tuvo un tiempo que no abría cuando tenía que abrirlo él. Él lo abre a la mañana. A eso de las 9 de la mañana, no tiene un horario muy fijo, pero alrededor de las nueve. El cerraba al mediodía y después abre la hermana a la tarde..." (fs. 475/476).

Por su parte, la señora Viviana Rosalía Vázquez expuso lo siguiente: "tienen una perfumería y artículos de limpieza, lo tienen desde el año 92 o 93. El negocio se llama Cleo...los horarios son a la mañana de 8.30 o 9 hasta las 13 y después de la tarde desde 5 hasta 8 o 9 depende del movimiento de gente que haya. El actor atiende a la mañana y la hermana a la tarde" (fs. 479/480).

Al ser preguntada acerca de si sabía si el demandante se vio impedido en alguna oportunidad de atender el negocio, respondió: "Sí, en el año 2009, 2010 era espaciadamente según las operaciones que se iba haciendo y si podía concurrir...no se los períodos en que no concurrió... a la mañana a veces no se abría varias veces, y abrían a la tarde. O al revés, según como podía la hermana hacer las compras para atender el negocio." (ídem).

Por su parte, el señor Héctor Fernando Cuiñas recordó que: "...es una persona más (el actor) de las personas que se integraron a las actividades deportivas e institucionales del Centro Andino. Al punto de ser

miembro el Sr. Damonte de la comisión directiva del club en algunos lapsos de tiempo. Y de ser instructor en los cursos que dicta el Centro Andino Buenos Aires, hace unos 8 o 9 años atrás se integró como miembro activo en los cursos de Centro Andino...Gustavo ha sido uno de los instructores que ha dictado muchos de esos cursos durante varios años...en ese momento ascendía alrededor de 700 pesos por clase. Esto fue lo que recibían hace 6 años aproximadamente que fue cuando fue el accidente...al instructor se le da una constancia, se le da un recibo" (fs. 572/574).

Por otro lado, de lo relatado por este último testigo, quien se identificó como presidente del "Centro Andino Buenos Aires", y del informe de la institución referida, emerge que el legitimado activo se desempeñó en la Comisión Directiva de dicha asociación como prosecretario desde el mes de noviembre de 2003 hasta noviembre de 2007 y como secretario desde el mes de noviembre de 2009 hasta noviembre de 2011 (fs. 572/574 y contestación de oficio de fs. 874). También, se dejó asentado que dictaba cursos de escalada en roca y organizaba los exámenes para el ingreso a la Palestra Nacional de Andinismo del "Centro Andino Buenos Aires", ubicada en el predio del CENARD, desde 2004 hasta el 2009 (ídem).

Por lo expuesto, se han acreditado las ganancias que dejó de percibir el actor durante su largo período de convalecencia y debido a las cirugías a las que tuvo que someterse, tanto por no tener abierto su negocio cuando él debía ir y por no dictar los cursos descriptos.

Por consiguiente, deviene prudente la suma fijada en la instancia de grado, razón por la cual postulo al Acuerdo su confirmación.

e) Gastos médicos, de farmacia, traslados y de atención doméstica.

En la instancia de grado, se reconoció la suma de $5.500 por atención médica y gastos de farmacia, $1.500 en concepto de traslados y $86.400 por atención doméstica.

El legitimado pasivo y la aseguradora se agravian de esta justipreciación por entender que no se han acreditado estas erogaciones.

Es dable recordar que para la procedencia de tales reclamos no se requiere prueba cierta y determinada y deben ser abonados cuando es presumible su existencia, en virtud de la índole de las lesiones sufridas. Siendo ello así, la determinación de su monto ha de quedar librada al prudente arbitrio judicial por aplicación de lo dispuesto por el art.165 del Código Procesal, gravitando para ello factores tales como el lugar donde fue atendida la víctima, importancia y extensión de las lesiones, etc.

Cabe dejar asentado que la circunstancia de la atención del damnificado tanto en hospital público o por intermedio de obras sociales, no implica la gratuidad de todos los medicamentos y prestaciones. Como así tampoco se necesitan acreditar los gastos de traslado cuando ello es en una medida prudente y que se infiere del tipo de lesiones que le restringieron su movilidad en el período inicial del hecho.

En cuanto a los gastos de atención doméstica, considero que estos se han acreditado mediante las pruebas obrantes en autos.

En tal sentido, de los testimonios brindados por la señora Mónica Cristina Reynoso se desprende lo siguiente: "Yo lo conozco hace 5 años más o menos. Y lo cuidé a él en diciembre del 2009 hasta enero del 2010 la primera vez. La segunda vez fue en agosto del 2010 y lo cuidé 20 o 25 días aproximadamente, y la tercera vez fue en noviembre del 2011 y lo cuidé más o menos 20 días" (fs. 477/478). Cuando se le preguntó por el tiempo durante el cual prestó servicios al actor y en qué días y horarios, respondió: "todos los días de 8 de la mañana a 20 hs. lo hacía en el domicilio de Damonte..." (ídem).

Interrogada con respecto a cuánto le pagaba el actor por sus servicios, expresó: "no recuerdo con exactitud, pero recuerdo por 30 pesos la hora aproximadamente" . Agregó que: "yo lo atendía después de las operaciones, que tenía Damonte por las lesiones que había sufrido, al no poder movilizarse yo tenía que estar allí. Las lesiones las tuvo cuando cayó en el accidente. Esto lo sé porque él me lo comunicó de esta manera y lo atendía yo, ví el estado en que él estaba..." (ídem).

Consultada por las tareas que realizaba, declaró: "al no poder moverse él, yo tenía que asistir en la alimentación, en la higiene, básicamente eso atenderlo a él. Yo le tenía que preparar la comida y se la llevaba al dormitorio y lo preparaba a él para que pudiera alimentarse. Respecto de la higiene también lo asistía cuando lo necesitaba. Y también cuando venía la enfermería yo tenía que estar allí por cualquier cosa que necesitara. Es decir, cuando venían los enfermeros a atenderlo yo tenía que estar allí por si necesitaban algún material para atenderlo. Los enfermeros venían por la mañana diariamente, todos los días. Yo lo atendía todos los días de lunes a lunes..." (ídem). Cuando se le requirió que describa cómo era la forma de pago de su remuneración, expuso que: "en efectivo y a diario...aproximadamente $360 que eran las horas que estaba..." (ídem).

En consecuencia, acreditada también esta erogación y la prudencia de lo estimado por estos conceptos en la sentencia de grado, postulo confirmar las sumas reconocidas por estos ítems.

IX- Límite de la cobertura asegurativa

En el considerando "VI" de la sentencia recurrida se dispuso que, ante el silencio del actor al contestar el traslado de la póliza aportada por la aseguradora, se debía aplicar el límite de seguro y franquicia denunciados en el responde de la acción.

El legitimado activo pretende que se actualice en esta instancia dicho límite. Para lograr ello, alega que realizó una presentación el 21 de noviembre del 2019, mediante la cual solicitó dicha actualización.

Argumenta que el juez a quo omitió establecer pautas de actualización del límite de cobertura del seguro. Manifiesta que, al momento del siniestro, los accionados habían contratado un seguro que cubría los riegos de su actividad con límite de cobertura de $ 50.000. Explican que ello sucedió diez años antes del pronunciamiento.

En consecuencia, requiere su actualización.

He de advertir -al igual que lo hiciera el señor Jue de primera instancia- que cuando se le corrió traslado al actor de la documental aportada por "Federación Patronal Seguros Sociedad Anónima" -dentro de la cual estaba la póliza nro. 221589 (fs. 379/402)- el legitimado activo guardó silencio con respecto al límite de cobertura. Se circunscribió, únicamente, a responder la excepción de falta de defecto legal y la pluspetición inexcusable opuestas por la aseguradora (fs. 417/418).

Así, además que dicha actitud importó el consentimiento de los alcances de la cobertura pactada, tampoco se incorporó oportunamente esa pretensión, por lo que también deviene tardío hacerlo en esta oportunidad. "El destino del principio de congruencia es conducir el proceso en términos de razonable equilibrio dentro de la bilateralidad del contradictorio y exige que la sentencia se muestre atenta a la pretensión jurídica que forma el contenido de la disputa" (SCBA, Ac 34286, sent. del 17-9-1985, AyS 1985-II-687; SCBA, Ac 46716, sent. del 10-12-1991 AyS 1991 IV, 432; SCBA, C 99072, sent. del 10-9-2008).

En función de lo expuesto, por estos fundamentos, postulo al Acuerdo confirmar este aspecto del fallo.

X. Intereses

En la instancia de grado se fijaron intereses desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago conforme la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

La empresa de seguros replica esta decisión por entender que produce una alteración económica del monto de condena y un enriquecimiento indebido.

La doctrina del acuerdo plenario de fecha 20 de abril de 2009 en autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transporte Doscientos setenta S.A. sobre daños y perjuicios", dejó sin efecto la fijada en los plenarios "Vázquez, Claudia Angélica c. Bilbao, Walter y otros sobre daños y perjuicios" del 2 de agosto de 1993 y "Alaniz, Ramona Evelia y otro c. Transportes 123 SACI, interno 200 sobre daños y perjuicios" del 23 de marzo de 2004 y estableció como tasa de interés moratorio la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con cómputo desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido. Esta excepción debe ser alegada y probada por la parte a quien afecta (principio dispositivo).

Los perjuicios padecidos a causa de un hecho ilícito tienen su origen en el siniestro ocurrido, porque el perjuicio se ha producido allí y la mora ex lege nace en ese momento (conf. art. 1067 C. Civil).

Por lo demás, el juez en la sentencia fija un quantum, lo que de ningún modo equivale al momento a partir del cual la obligación se hace exigible, teniendo en cuenta que la no liquidez de la suma no implica la no exigibilidad y, por tanto, es desde la mora -en el caso, el hecho que resulta computable.

Lo que se debe no es una suma determinada, sino la compensación que el acreedor tiene derecho a percibir como resarcimiento por el daño padecido, que se resuelve en una suma dineraria en el momento en que el juez, al dictar sentencia, fija su determinación y cuantificación. La naturaleza de la deuda (de valor) no cambia por el procedimiento que se realice (cuantificación).

En tal sentido, la circunstancia de tratarse en el caso de deudas de valor que se traducen en una suma de dinero como compensación del perjuicio producido y que el órgano jurisdiccional fija en la sentencia, no implica en modo alguno, que la fijación del quantum contenga mecanismos de actualización o cualquier otro que configure una repotenciación o indexación de deuda.

Por otra parte, los antecedentes mencionados y la doctrina plenaria recaída en autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos setenta S.A. sobre daños y perjuicios", no permiten diferenciar con respecto a la valuación con fundamento en la fecha de fijación de la cuenta indemnizatoria, ni tampoco atendiendo a la naturaleza de la obligación, ya que aquellos dispusieron una solución aplicable a todos los casos acorde a su generalidad.

Agregando que la salvedad que se hace al responder al interrogante referido a desde cuándo y hasta qué momento se fija la tasa moratoria que se formuló en el acuerdo del plenario predicho no es operante en este contexto; dicha salvedad queda confinada al hipotético caso de que, en el futuro, se autorizara la repotenciación de un capital de condena, lo que, en principio, no es posible hacer actualmente, en acatamiento del derecho vigente.

Es por ello que, desde el inicio de la mora, ya sea que la obligación pertenezca a la órbita contractual o aquiliana, hasta el cumplimiento de la sentencia queda determinada una regla general: aplicar al cálculo de intereses moratorios (art. 622 del Código Civil) la tasa activa. Dicho aserto no admite cuestionamiento.

No obstante, aun derogadas en un futuro hipotético las leyes que prohíben la actualización por repotenciación de deuda, a efectos de otorgarle virtualidad a la excepción a la regla general resuelta en el plenario referido de "Samudio", es necesario que se den ciertos presupuestos: la coexistencia de un enriquecimiento de una parte y un empobrecimiento de la otra, la relación causal entre ambos e inexistencia de una justa causa que avale la variación operada entre los patrimonios del deudor moroso y su acreedor, que altere el significado económico del capital de condena por aplicación de una tasa distinta a la activa en el cálculo de los intereses moratorios, todo lo cual deberá ser debidamente solicitado y acreditado por el interesado.

Ello así, por cuanto la facultad morigeradora de oficio es propia cuando en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1197) las partes pactaron intereses punitorios exorbitantes en caso de mora del deudor, pero de ningún modo cuando se trata del supuesto contemplado por el anterior art. 622 del Código Civil, atento al principio dispositivo del proceso; la naturaleza patrimonial de la acción ejercida y las reglas respecto de la carga probatoria establecida en el art. 377 del Código Procesal.

Por los fundamentos vertidos, postulo al Acuerdo que se desestimen los agravios vertidos y se confirme este aspecto del fallo de grado.

XI. Por las consideraciones expuestas, expido mi voto proponiendo a mi colega de Sala: 1) Incrementar las partidas reconocidas por incapacidad psicofísica, y daño moral a las sumas de $3.600.000 y $670.000, respectivamente; 2) Reducir el quantum fijado por tratamiento psicológico a la de $54.600; 3) Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y que ha sido materia de recurso y agravios; 4) Imponer las costas de la Alzada al codemandado Centeno y a la citada en garantía vencida (conf. art. 68 Cód. Procesal); y 5) Diferir la regulación de honorarios para una vez aprobada la liquidación definitiva (art. 279 CPCCN).

El doctor *Li Rosi*, por las consideraciones y razones aducidas por la doctora *Bermejo*, vota en igual sentido a la cuestión propuesta.

Buenos Aires, 6 de septiembre de 2021.

Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcripto precedentemente, por unanimidad de votos el Tribunal decide: 1) Incrementar las partidas reconocidas por incapacidad psicofísica, y daño moral a las sumas de $3.600.000 y $670.000, respectivamente; 2) Reducir el quantum fijado por tratamiento psicológico a la de $54.600; 3) Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y que ha sido materia de recurso y agravios; 4) Imponer las costas de la Alzada al codemandado Centeno y a la citada en garantía vencida (conf. art. 68 Cód. Procesal); y 5) Diferir la regulación de honorarios para una vez aprobada la liquidación definitiva (art. 279 CPCCN).

Se deja constancia que la Vocalía N°32 se encuentra vacante.

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. — *Silvia P. Bermejo.* — *Ricardo Li Rosi.*

MALA PRAXIS MÉDICA

Recusación del juez. Prejudicialidad penal. Intereses. Daño moral. Responsabilidad del ente sanatorial.

1. — Probada la culpa del médico, la responsabilidad de aquel deviene inexcusable. De ahí que el paciente debe probar tan solo la culpa del médico, no para hacer funcionar una responsabilidad refleja sino para acreditar la violación de la obligación de seguridad por parte del sanatorio.

2. — En el caso de la recusación con causa, el sistema vigente se sustenta en la numeración taxativa de los motivos que la hacen procedente, debiéndose interpretar con un criterio restrictivo —pues la imparcialidad de los jueces se presume—, requiriéndose una fundamentación seria y precisa por tratarse de un acto grave y trascendental.

3. — Los recurrentes ni siquiera acompañan testimonio de tal sentencia, lo que impide valorar si hipotéticamente la alegada intervención en tal resolutorio podría afectar la imparcialidad del juez o podría configurarse un supuesto de prejuzgamiento.

4. — Una porción de los intereses —que son una consecuencia de la relación jurídica que gravita en torno a la mala praxis de marras— se devengó mientras regía el derogado Código y parte con el nuevo Código Civil y Comercial.

5. — En la indemnización por daños y perjuicios, no existe interés legal ni convencional que discipline la cuestión, por lo tanto, quien es llamado a fijar la tasa de interés es el Tribunal de la causa.

6. — Debe optarse por la tasa pasiva, en vez de la activa, porque esta última tiene incorporado —además de lo que corresponde al "precio del dinero"— un plus constituido por el costo financiero propio de las entidades que se dedican a la intermediación de capitales y que obviamente no pesa sobre la actora.

7. — La sentencia penal firme, condenatoria del acusado, hace cosa juzgada en sede civil, limitando sus efectos a la declaración de la existencia del hecho principal que constituye el delito, a la culpa del condenado. Los efectos de la sentencia penal condenatoria alcanzan también al tercero civilmente demandado.

8. — La pericial psicológica da cuenta que la actora presenta un daño psíquico como resultado del acto quirúrgico y sus consecuencias. Sobre el particular pormenoriza que en su personalidad se produjo un desarrollo psicopatológico postraumático. Esta pericia da cuenta de la gravedad de las secuelas de la actora. Las que sumadas a los padecimientos propios de las intervenciones médicas que tuvo que soportar a raíz de la mala praxis justifican la condena y monto de la condena por daño moral.

TS Santa Cruz, 16/04/2021. - C., R. c. F., N. y. P., S. J. s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/102037/2021]

COSTAS

Se imponen 50% a cada parte.

INTERESES

Se aplica la tasa pura del 6% anual hasta el dictado de la sentencia y luego la tasa pasiva.

Expte. N° C-2154/17-TSJ

Río Gallegos, abril 16 de 2021.

Considerando:

I. Que llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia en virtud de los recursos de casación interpuestos por el Dr. N. J. F., a fs. 1508/1519, y el P. S. J. SA, mediante su apoderado, Dr. Carlos V. Muriete, a fs. 1521/1532, contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, obrante a fs. 1489/1499 vta. Esta última modifica parcialmente el fallo de Primera Instancia.

La sentencia de Primera Instancia hizo lugar parcialmente a la demanda incoada por la Sra. R. C. contra el Dr. N. F. y el P. S. J. SA, en razón de una mala praxis médica. En consecuencia, los condenó al pago de doscientos noventa y un mil novecientos setenta pesos ($291.970) en concepto de varios rubros indemnizatorios (lucro cesante, daño moral y reintegro de gastos), con más los intereses conforme la tasa activa promedio mensual que utiliza el Banco de la Nación Argentina, a devengarse de la siguiente manera: a) por el rubro lucro cesante se condena al pago de treinta mil pesos ($30.000) y los intereses se computarán desde el 1° de enero de 2001; b) por daño moral, cuyo monto asciende a doscientos cincuenta mil pe-

sos ($250.000) y los intereses desde el 2 de octubre de 1999; y c) por reintegro de gastos, once mil novecientos setenta pesos ($11.970), a calcularse desde el 1° de enero de 2001 (cfr. fs. 1130/1142 vta.).

Por su parte, la sentencia de la Excma. Cámara de Apelaciones, revoca el segundo punto del fallo de Primera Instancia en lo que respecta al monto del lucro cesante y el cálculo de sus intereses, elevando el monto de la condena del ítem lucro cesante a la suma de sesenta y un mil pesos ($61.000) y debiendo calcular los intereses de dicho rubro como también los intereses del reintegro de gastos desde el evento dañoso (2 de octubre de 1999) hasta la fecha de la sentencia de Primera Instancia (18 de diciembre de 2013) conforme la tasa pasiva de uso judicial que publica el Banco Central de la República Argentina, toda vez que el cálculo indemnizatorio se realizó utilizando la teoría que actualiza los valores. Desde la sentencia de Primera Instancia y hasta su efectivo pago se aplicaría la tasa activa promedio mensual que utiliza el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento. Asimismo determina que el momento a partir del cual comenzarán a correr los intereses respecto del rubro "reintegro de gastos" será desde el evento dañoso (2 de octubre de 1999) (cfr. fs. 1489/1499 vta.). Se confirma todo lo demás que fuera materia de agravio en las apelaciones.

II. Que en su recurso de casación, el Dr. N. J. F. plantea que la sentencia de Segunda Instancia es nula ya que participó en su conformación el Dr. Carlos Arenillas, quien resultaría ser un juez parcial pues habría fallado en contra del P. S. J. y de su persona en los autos caratulados: "C. C. A. c. F. N. y/o P. S. J. SA s/ daños y perjuicios, Expte. N° C-18268/00", que tramitaron por ante el Juzgado Provincial de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 1 (cfr. fs. 1510 vta./ 1511).

Entiende que dicho Magistrado debió haberse excusado de intervenir en el proceso toda vez que ya había dictado sentencia en contra de las partes demandadas; lo que plasmaría su parcialidad en el presente fallo. Le enrostra que: "...mantuvo su postura donde también rechaza las pretensiones de la demandada y mejora la situación de la actora." (cfr. foja 1511). Para fundar su planteo invoca los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 9, 10 y 11 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial; y los Principios de Bangalore (cfr. foja 1511/1512 vta.).- Afirma que en este caso: "...ha existido prejuzgamiento y parcialidad por lo tanto denegación de justicia, afectando las garantías constitucionales por lo que devine (sic) el fallo en nulo." (cfr. foja 1511 vta.).

Califica a la sentencia de arbitraria y contradictoria porque fija: "...la actualización de intereses con un sistema mixto de tasa pasiva hasta la sentencia y tasa activa a partir de la misma y hasta su efectivo pago. Y luego establece una segunda modalidad de actualización de tasa activa en forma exclusiva." (cfr. foja 1513).

Sostiene que la resolución impugnada es autocontradictoria por: "...tratar los intereses en dos momentos del fallo en forma diferentes (sic), aplicando dos sistemas de actualización de intereses." (cfr. foja cit.). En función de lo antedicho, advera que se viola el principio de no contradicción y agrega que: "...así como de cualquier principio lógico, implica un error in cogitando. Recordemos que el principio, ontológicamente, se enuncia afirmando que 'nada puede ser y no ser juntamente'. En su versión lógica tiene esta forma: 'No se puede afirmar y negar juntamente una misma cosa de un mismo sujeto.'" (cfr. foja 1513 vta.).

Asimismo, sobre el tema intereses, postula que la Excma. Cámara de Apelaciones: "...no fundamenta cuales son los cambios de la incidencia del sistema financiera (sic) sobre la tasa activa y pasiva. Ello no lo puede fundamentar toda vez que esa afirmación es una falacia, utilizada solo para dar un fundamento aparente en contra de las pretensiones de esta parte. Se trata de fijar una suma que, corrigiendo los desvíos de una aplicación automática de índices, mantenga el mandato consagrado en la sentencia que ha adquirido autoridad de cosa juzgada y constituya la reparación integral por los daños sufridos...Por lo tanto no se deben conceder pautas abusivas sino equitativas, se trata de una reparación no de un enriquecimiento." (cfr. foja 1513).

Expresa que la sentencia incurre en arbitrariedad al carecer "de la debida prueba" y fundamentación para otorgar y ampliar el lucro cesante a favor de la actora. Señala que la arbitrariedad se agrava porque no solo se convalida ese ítem indemnizatorio, sino que se amplía al doble de lo otorgado en la sentencia de Primera Instancia. Afirma que no existió daño actual, ni prueba de los salarios de la actora para otorgar el lucro cesante. Además agrega que este no se presume (cfr. fs. 1514 vta./1515).

Añade que el fallo confunde prejudicialidad penal con daños resarcibles. Destaca que la pericia médica realizada con posterioridad a la sentencia penal y exclusiva del proceso civil —de foja 1042— concluye que la actividad renal de la actora era perfecta. Afirma que es competencia exclusiva del juez civil resolver la cuestión relacionada con el daño resarcible —como la procedencia de la reparación pecuniaria y la configuración de la responsabilidad civil— sin que pueda influir lo que el juez penal pueda haber dicho sobre ese tema ni sobre la cuantificación de la indemnización.

Agrega que en la prejudicialidad penal ha existido falta de identidad de las partes entre los procesos civil y penal, toda vez que el P. S. J. SA nada ha tenido que ver en la condena y que no se le ha permitido la discusión de "daños y secuelas". Estima, por lo expuesto, que se presenta un supuesto de privación de justicia y afectación de la defensa en juicio (cfr. fs. 1515 vta./1516).

Asegura que la actora no posee lesiones actuales, ni causa que la incapacite; ni afectación en sus tareas laborales.

Por tal motivo entiende que la indemnización resulta abusiva y contraria a la lógica. Manifiesta que la sentencia incurre en arbitrariedad toda vez que no se puede presumir el daño de un evento que no existió (cfr. foja 1516).

Dice que el monto de la condena de daño moral es arbitrario: "...toda vez que la valoración de la prueba queda sujeta al arbitrio del juez y de la misma surgen valores y pautas de ponderación 'falsas' y hechos 'inexistentes' evaluados como daño psíquico lo que torna arbitraria toda sentencia que base sus fundamentos en conclusiones periciales erróneas." (cfr. foja 1516 vta.).

Señala que la pericial de fs. 795/796 se ha elaborado en base a presunciones falsas e inexactas que se contradicen con otros elementos probatorios serios del proceso. Asegura que se ha realizado una valoración de la prueba aislada y fragmentaria. Califica de falacia la afirmación de la pericial psicológica acerca de que la actora siente su cuerpo roto y frágil; y que su esquema corporal se haya alterado. Destaca, paralelamente, que la pericial médica del Dr. Álvarez, de fs. 823/824, al evaluar estudios radiológicos y urogramas excretores, daría cuenta de que el paciente presenta riñones funcionales con buena evacuación sin dilataciones que sugieran estenosis ureteral ni fístulas activas; y que el Dr. Colombres —en sede penal— sostuvo que después de la reinserción del uréter no hubo secuelas funcionales (cfr. fs. 1516 vta./1517).

Advera que es falaz la aseveración de la pericia psicológica que reza así: "La histerectomía...despierta angustia culpa y aparece la vivencia del castigo por las consecuencias de dicha operación...sentimientos de castración." (cfr. foja 1517), ya que la operación de útero y su extracción por tumoración fueron consentidas; y estipulada médicamente por su ginecóloga de cabecera, por lo que concluye que no es materia de agravio (cfr. foja cit.).

Pone de relieve que nunca se ha discutido que la Sra. C. haya reclamado por una lesión en una operación de histerectomía, ni por la castración de los órganos sexuales. Señala que el caso siempre estuvo centrado exclusivamente en las consecuencias de la afección o no de los uréteres y riñones. Destaca que tampoco ha existido disminución de la capacidad funcional de los riñones, como afirmaría la pericial psicológica. Califica de falsa a la conclusión pericial que reza: "Temor a terminar en una máquina de diálisis. Temor que despierta una carga conflictiva de mucha intensidad...con dificultad de contacto social por temor a ser dañada.", pues esta es una probabilidad inexistente de acuerdo a lo probado en el expediente judicial (cfr. foja 1517 vta.).

Señala que la: "...operación se realizó con todas las medidas de seguridad y los aparatos utilizados en la cirugía fueron peritados como aptos y adecuados para el funcionamiento en la medida y para la operación realizada." (cfr. foja 1518).

Expresa que queda demostrado que no existió falta de servicio. Aduce que se condena al P. S. J. SA por responsabilidad objetiva por su obligación de seguridad, y por la culpa del médico. Al respecto argumenta que no se ha probado ni un aprovechamiento del nosocomio de la actividad del Dr. F., ni la existencia de un nexo de relación entre estos. Apunta que no se ha demostrado cuál ha sido la relación de causalidad entre el daño y la obligación de seguridad o, en su defecto, cual era la relación obligacional que unía al médico con el Policlínico (cfr. fs. 1517 vta./1518).

Agrega que se ha otorgado una indemnización sin fundamento probatorio alguno (cfr. foja 1518 vta.).- Señala que se impugna la sentencia por falta de motivación en el aspecto del daño moral, al referirse con exclusividad a una prueba, sin fundar su decisión (cfr. foja cit.).

Deja planteado el caso federal (cfr. foja 1519).

A fs. 1521/1532 se encuentra agregado el recurso de casación de la demandada P. S. J. SA, representada por su apoderado, Dr. Carlos V. Muriete. Este escrito reproduce de manera textual las postulaciones esgrimidas por el demandado Sr. N. J. F. en su casación de fs. 1508/1519; a cuyo contenido nos remitimos en razón de brevedad.

También deja planteado el caso federal (cfr. foja 1532).

A foja 1550 y vta. este Tribunal declaró bien concedidos los recursos de casación. Se pusieron los autos a disposición de las partes, conforme lo estatuido en el artículo 8 del Libro I, Título IV, Sec. 6°, Parágrafo 2° - Recurso de Casación - del Cód. Proc. Civ. y Comercial, conforme Ley N° 3453/15 —Decreto N° 2228/2015—. Hizo uso de esta facultad la parte actora, quien, por

los argumentos que allí desarrolla, solicita el rechazo de los recursos (cfr. fs. 1555/1565 vta.).

A fs. 1568/1579, obra dictamen del Sr. Agente Fiscal ante este Alto Cuerpo, quien por los fundamentos que esgrime y a los que nos remitimos por razones de brevedad, concluye que se deben rechazar todos los agravios, con excepción del tipo de tasa de interés. Respecto de esta última cuestión postula que se debe aplicar la tasa pasiva.

A foja 1584 se llaman autos para sentencia y a foja 1585 pasan los presentes a estudio.

III. Que conforme ha quedado planteada la cuestión extraordinaria provincial articulada por los demandados, esta se desarrolla en el ámbito del carril impugnativo previsto en el art. 3 del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6°, Parágrafo 2° —Recurso de Casación— del Cód. Proc. Civ. y Comercial, conforme Ley N° 3453/15 —Decreto N° 2228/2015—. Por cuanto las impugnaciones se fundamentan en violación de la ley y arbitrariedad.

En atención a que ambos recursos tienen un contenido análogo, se analizarán sus postulaciones conjuntamente.- Con carácter previo a ingresar en el análisis de aquellas cuestiones, es menester determinar cuál es la legislación aplicable al *sub lite* en función a la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Las normas jurídicas tienen una vigencia limitada en el tiempo. Las mismas regulan hechos, situaciones y relaciones jurídicas que tienen una ubicación temporal. En función a las particularidades de la causa se debe determinar la legislación que las disciplinará. En el caso bajo análisis el momento crítico acaeció el 2 de octubre de 1999, fecha en que se produjo la operación de la Sra. R. C., esto surge de lo afirmado en la demanda (cfr. fs. 26). Paralelamente, en la contestación de la demanda del Dr. N. J. F. reconoce implícitamente que la operación fue anterior al 4 de octubre de 1999 (fs. 70 vta./71). Este reconocimiento es extensivo al P. S. J. SA, quien adhirió a la contestación de la demanda del Dr. F. (cfr. fs. 44). También se reconoce al 2 de octubre de 1999 como fecha de la operación, en el informe del Bioingeniero Paulo Oscar Musich, obrante a fs. 194/203. También la sentencia penal que condena a N. J. F. por lesiones culposas tiene como fecha de la intervención quirúrgica de marras al 2 de octubre de 1999 (cfr. fs. 1139/1146 de los autos: "F., N. J. s/ lesiones culposas", Expte. N° F-1792/03, tramitaran ante la Excma. Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial, agregado por cuerda a este expediente). En dicha época se encontraba en vigor el derogado Cód. Civil, aprobado por la Ley N° 340. Recién el 1° de agosto de 2015, entró en vigencia el Cód. Civ. y Com. de la Nación (cfr. art. 7 de la Ley N° 26.994).

Lo tocante a la aplicación de la ley en relación al tiempo lo resuelve el artículo 7 del Cód. Civil y Comercial, el que dispone que: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

En atención al texto trascripto se sigue que las leyes, en principio, solo operan hacia el futuro y que no tienen efecto retroactivo (cfr. art. 7 Cód. Civ. y Comercial) (cfr. Herrera Marisa, Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián (Directores): "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Título Preliminar y Libro Primero", Info-jus, Buenos Aires, 2015, ps. 22/32). Es decir que tienen aplicación inmediata. Pero ¿qué quiere decir aplicación inmediata?, la Profesora Aída Kemelmajer de Carlucci nos ilustra al respecto: "El efecto inmediato es el efecto propio y normal de toda ley: ella se aplica inmediatamente después de haber sido sancionada. Es el sistema que ya tenía el Código Civil argentino. Consiste en que la nueva ley se aplica a: (i) las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro; (ii) las existentes, en cuanto no estén agotadas; (iii) las consecuencias que no hayan operado todavía. O sea, la ley toma a la relación ya constituida (por ej., una obligación) o a la situación (por ej., el matrimonio) en el estado en que se encontraba al tiempo en que la ley nueva es sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos. Los cumplidos, en cambio, están regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron. Del mismo modo, si antes de la vigencia de la ley nueva se han producido ciertos hechos aptos para comenzar la gestación de una situación según la vieja ley, pero insuficientes para constituirla (o sea, la situación o relación está in fieri), entonces rige la nueva ley." (cfr. aut. cit.: "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, ps. 29/30).

Por lo tanto la legislación de fondo que regula este caso es el derogado Cód. Civil y la legislación complementaria vigente al 2 de octubre de 1999, al menos para la determinación, imputación y valuación del daño.

Esta solución también es abonada por los dichos de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, quien nos ilus-

tra: "Doctrina y jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso..." (cfr. aut. y ob. cit., p. 100).

Sin embargo, respecto de la determinación de los intereses (que son una consecuencia de la relación jurídica que gravita en torno a la mala praxis de marras) debemos arribar a otra solución en cuanto a la legislación aplicable, pues una porción de los mismos se devengaron mientras regía el derogado Código y parte con el nuevo Cód. Civil y Comercial. Entonces, para calcular los intereses devengados hasta el 31 de julio de 2015 se utilizará el derogado Cód. Civil, pues era la ley que regía hasta ese momento; ya que el nuevo Cód. Civ. y Comercial no tiene aplicación retroactiva. Pero para los intereses que corren a partir del 1° de agosto de ese año se empleará el Cód. Civ. y Comercial (en razón de su aplicación inmediata), ya que la nueva ley rige los tramos del desarrollo de la relación jurídica aún no cumplidos: los intereses por la mora del deudor desde la última fecha indicada (cfr. art. 7° del Cód. Civ. y Comercial).

Esta solución es avalada por lo decidido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a saber: "Al respecto, cabe observar que la entrada en vigor del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación ha posibilitado su aplicación tanto a las relaciones y situaciones jurídicas futuras, como a las existentes a la fecha de su entrada en vigencia, tomándolas en el estado en que se encontraban —rigiendo los tramos de su desarrollo no cumplidos—, así como también a las consecuencias no consumadas de relaciones y situaciones jurídicas constituidas bajo el amparo de la antigua ley (conf. art. 7 y concs., Cód. Civ. y Comercial). En materia de intereses, ello importa el empleo de las nuevas tasas legales para calcular los accesorios del capital, devengados en períodos posteriores a su entrada en vigencia, en tanto no se encuentren cancelados...Se trata de consecuencias no agotadas de tales relaciones jurídicas habidas entre acreedor y deudor, respecto de las cuales la aplicación de la nueva norma resulta inmediata. Así, ante la persistencia de la mora a la fecha de la entrada en vigencia de la nueva ley, la distinta regulación que esta contiene —captando las consecuencias de la situación pendiente— resulta aplicable respecto del tramo ulterior de esta..." (cfr.: "D. E. M. c. L. P. S. s/ incidente de aumento de cuota alimentaria", Causa LP C 120103 S, del 29/08/2017).

En síntesis, los intereses devengados desde el hecho dañoso, acaecido el 2 de octubre de 1999, y hasta el 31 de julio de 2015 se deben estimar conforme al viejo Cód. Civil. En cambio, desde esta fecha hasta la del efectivo pago, con el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Consecuentemente, sirviéndonos de la legislación apuntada es que se resolverá el *sub lite*.

IV. Que en lo tocante a la invocada parcialidad y prejuzgamiento de parte del Dr. Carlos Enrique Arenillas, por haber supuestamente fallado en los autos "C., C. A. c. F. N. y/o P. S. J. SA s/ daños y perjuicios (Expte. N° C-18.068/00)", que tramitaron ante el Juzgado Provincial de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 1 que estuviera a cargo del mencionado Magistrado, debe destacarse que los recurrentes ni siquiera acompañan testimonio de tal sentencia, lo que impide valorar si hipotéticamente la alegada intervención en tal resolutorio podría afectar su imparcialidad o podría configurarse un supuesto de prejuzgamiento.

La alegación que efectúan los recurrentes no impone una estructura de argumentaciones convincentes y fundadas toda vez que los reproches argüidos (parcialidad y prejuzgamiento) distan de encontrarse abonados por fundamentos normativos serios, ni con respaldo documental (como es la omisión que se señaló en el párrafo precedente).

Asimismo, cabe señalar que no utilizaron oportunamente el instituto procesal de la recusación —con o sin causa— para intentar el apartamiento del Magistrado de la Excma. Cámara de Apelaciones (cfr. arts. 14 y 18 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Tampoco se demuestra ni se advierte que la causal invocada pueda considerarse encuadrada en los supuestos de recusación que contempla el artículo 17 del Cód. Proc. Civ. y Comercial o que nos encontremos ante un supuesto de parcialidad. Más teniendo en consideración la interpretación restrictiva que se debe campear en estos casos, pues se podría afectar la garantía del juez natural (cfr. art. 18 de la CN). En atención a lo expuesto, es oportuno traer a colación lo ya dicho por este Alto Cuerpo: "...que el instituto procesal de la recusación se halla enmarcado normativamente en específicos presupuestos temporales que hacen no solo a su correcta formulación sino —fundamentalmente— a la directa vinculación [que] posee para su viabilidad formal. Así, el cumplimiento de requisitos, presupuestos o postulados de procedencia, cristalizan los principios procesales de convalidación, trascendencia, especificidad, protección y conservación. En particular, en el caso de la recusación con causa, el sistema vigente se sustenta en la numeración taxativa de los motivos que la hacen procedente, debiéndose interpretar con un criterio restrictivo —pues la imparcialidad de los jueces se presume—, requiriéndose una fundamentación seria y precisa por tratarse de un acto grave y trascendental. Sabido es, que el instituto de la recusación tiene por fin mantener la garantía del juez imparcial, pero con los alcances que impone

el principio del juez natural, de modo que no se vea afectado, este último, por el uso inadecuado de este instituto; y evitar así el desplazamiento arbitrario de los jueces naturales. Por lo demás, el criterio restrictivo del instituto a que se hizo referencia más arriba es el que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados precedentes (Fallos: 310:2845; 324:802; 327:3578)." (cfr. Interlocutorio, T. XXVI, Reg. 3128, Folio 5123/5127).

Por lo tanto debe rechazarse la alegada parcialidad del Juez Dr. Carlos Enrique Arenillas.

En cuanto a la aplicación del instituto de la prejudicialidad penal, la Alzada ha decidido correctamente. En lo que aquí interesa sostuvo que: "...debo recordar que la sentencia penal firme, condenatoria del acusado, hace cosa juzgada en sede civil, limitando sus efectos a la declaración de la existencia del hecho principal que constituye el delito, a la culpa del condenado [...] La sentencia de grado que se basa en lo resuelto en sede penal con invocación de la prejudicialidad, de ninguna manera resulta arbitraria, sino coherente al fundamentarse en las conclusiones de la sentencia penal de acuerdo al método que se pone de manifiesto en el plan de la sentencia." (cfr. fs. 1491 vta./1492). Esta postulación se adecúa con el artículo 1102 del Cód. Civil que sostiene que: "Después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado.".

En la misma inteligencia este Alto Tribunal ha decidido que: "Lo establecido a través de los artículos 1101 y ss. del Cód. Civil es de orden público, con el fin de evitar que en relación a la misma imputación fáctica se dicten dos sentencias contradictorias, deviniendo un indeseado escándalo jurídico. Existe una preeminencia del proceso penal sobre el civil en cuanto a la existencia del hecho y a su autoría..." (cfr. Sentencia, T. XV, Reg. 531, Folio 2979/2985). Ver también a Creus, Carlos, "Influencias del proceso penal sobre el proceso civil", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1977, ps. 21/23.

Recuérdese que en sede penal se condenó al Sr. N. F. a la pena de dos años de prisión en suspenso e inhabilitación especial para ejercer la medicina por el término de tres años por que le produjo lesiones en ambos uréteres a la Sra. R. C. en el curso del acto quirúrgico que le practicara el 2 de octubre de 1999 (cfr. fs. 1139/1146 de los autos: "F., N. J. s/ lesiones culposas", Expte. N° F-1792/03, que tramitaron ante la Excma. Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial, agregado por cuerda a este expediente). Entonces, no se advierte ninguna irregularidad en el valor que se le ha otorgado a la sentencia penal en estos actuados.

Tampoco es pertinente el argumento de que el P. S. J. no fue parte en el proceso penal para quitarle virtualidad a la sentencia penal condenatoria. La sentencia, en estos casos, también produce el efecto que prevé el artículo 1102 del Cód. Civil. Así, se ha señalado en doctrina y jurisprudencia que los efectos de la sentencia penal condenatoria alcanza también al tercero civilmente demandado. Así se ha expuesto: "Los condicionantes que la sentencia penal crea, en el ámbito civil, para el obligado al resarcimiento en función de su culpa propia, se trasladan a quien o quienes, por intermedio de la propia ley (v. gr. arts. 43, 1113, 1114, Cód. Civil), son convocados por vía indirecta, refleja o vicaria, a resarcir las secuelas del ilícito cometido por su dependiente...[...] (Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala I, Juris, 15-155; ídem, LA LEY, 34-982; Cám. Civ. y Com. Santa Fe, Sala I, Juris, 5-2000; ídem, JA, 1961-IV-15; CNCiv. y Com., Sala A, LA LEY, 82-719; ídem, Sala B, JA, 1951-III-323; ídem, Sala C, LA LEY, 141-669; ídem, Sala D, ED, 74, 192; ídem, Sala E, LA LEY, 95-3; SCBA, LA LEY, 132-250; ídem, DJ-BA, 125-10, etcétera.). Las defensas que podrá alegar —siendo que obviamente no ha sido parte en el sumario penal— serán solo aquellas, de naturaleza civil, que afecten su responsabilidad indirecta con relación al autor material del hecho..." (cfr. Bueres, Alberto J. —Dirección— y Highton, Elena I. —Coordinación—: "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, Tomo 3-A, ps. 321/322).

Por lo tanto, no puede ser objeto de censura en esta instancia extraordinaria los efectos que la Excma. Cámara de Apelaciones le otorgó a la sentencia penal.

En cuanto a la invocada arbitrariedad en la valoración de la prueba (cfr. fs. 1514 vta./1515 vta. y 1528 vta./1529 vta.), se debe señalar que el examen de las cuestiones de hecho y prueba son, en principio, ajenas a esta instancia extraordinaria; salvo que se demuestre arbitrariedad o absurdo. Lo que no se presenta ni se advierte en el caso *sub examine*.

Examinados los términos de los recursos se observa que los mismos contienen solo meras discrepancias con los argumentos y fundamentos del decisorio en cuanto a la interpretación y valoración de la prueba, lo que los hace improcedentes. Paralelamente, se constata que la Alzada realiza una valoración razonable de los elementos probatorios.

Así, en lo relativo a la base a tomar en cuenta para determinar la existencia del lucro cesante se confirmó el criterio del Juez de Primera Instancia. En este sentido, la Alzada entendió que: "No hay duda de que el lucro cesante se encuentra probado, ya que no es otra cosa que la frustración de un enriquecimiento patrimonial a raíz del hecho lesivo, que impide a la víctima

obtener determinados beneficios económicos lógicos de su profesión..." (cfr. foja 1493 vta.). Con estas ideas la Cámara estimó razonable el uso de la autorización que fija el artículo 166 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, realizado por el Juez de Primera Instancia, para cuantificar tal daño en atención a la profesión de la actora; y así calcular sus ingresos teniendo en cuenta el informe del Centro Integral de Kinesiología y Estética (CIKE) (cfr. foja cit.). Debe recordarse que el artículo 166 del Cód. Proc. Civ. y Comercial dispone: "Cuando la sentencia contenga condena al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, fijará su importe en cantidad o establecerá por lo menos las bases sobre que haya de hacerse la liquidación. Si por no haber hecho las partes estimación de los frutos o intereses, no fuese posible lo uno ni lo otro, se los determinará en proceso sumarísimo. 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 la misma inteligencia de lo resuelto por la Excma. Cámara de Apelaciones, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho: "...constituye la expresión de la facultad conferida al juzgador por la última parte del art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Comercial [de contenido idéntico al art. 166 del Cód. Proc. Civ. y Comercial de la Provincia de Santa Cruz] en punto a la determinación del quantum de la indemnización por los perjuicios causados (ver asimismo causa B. 31.217, "Acuña", sent. de 23/09/1947, Fallos: 321:635, considerando 6° *in fine*)." (cfr.: "Scandizzo de Prieto, Julia contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", Causa LP C 120192 S, del 07/09/2016). En sentido concordante ver en doctrina a Enrique M. Falcón: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, T. II, p. 505; y Carlos Colombo y Claudio M. Kiper: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y Comentado", LA LEY, Buenos Aires, 2006, T. II, ps. 219/220.

La Cámara continúa diciendo que: "El problema que tenemos aquí es la ausencia de prueba de los salarios de la actora ya sea al momento del evento dañoso o su proyección al momento de la sentencia. En consecuencia, no queda otra posibilidad que optar por cuantificar de acuerdo al art. 166 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, pero no como lo hizo el Juez de grado, a fin de establecer el salario de la actora al momento del evento dañoso, sino para efectuar una proyección prudente y cautelosa que nos permita un resultado más acorde a la teoría valorista del lucro cesante. En este orden de ideas, lo que vamos a mensurar es el tiempo de convalecencia de la actora, desde el acto quirúrgico donde se produce la mala praxis (2 de octubre de 1999) hasta el completo reestablecimiento de su capacidad laborativa..." (cfr. foja 1495 vta.), que se determina —en la sentencia de Primera Instancia— al 31 de diciembre de 2000, tres meses después de la operación en el Sanatorio Mitre (cfr. foja 1139 vta.). Luego resuelve que: "...El Juez de grado estableció una suma de $30.000 teniendo en cuenta un salario de $2.000. Como consecuencia de la teoría valorista que sostengo dicho monto debe ser elevado ya que los ingresos de la actora al momento de la sentencia obviamente debían ser mayores. Por ello, considero justo fijar el lucro cesante en la suma reclamada de $61.000." (cfr. foja 1495 vta.).

Tampoco se advierte arbitrariedad o falta de fundamentación en el tratamiento que la Alzada le ha dado a la determinación del daño moral. Por el contrario, se constata que la Cámara ha efectuado una adecuada fundamentación sobre el tema en atención a las constancias probatorias de autos. Al respecto sostuvo: "...la cuantificación del daño moral debe computar la entidad y magnitud de la lesión o agravio, en función de la proyección de las personas en las esferas existencial y psíquica, de su padecimiento, dolor físico, de sus miedos, angustias y sufrimientos. Aplicando estas pautas al caso de autos, surge que la actora claramente ha sufrido un daño en su integridad física que le ha provocado un estado de angustia, desazón, inquietud y nerviosismo que, necesariamente conlleva la necesidad de obtener una reparación en los términos del art. 1078 del Cód. Civil. Recuerdo que, producto del evento dañoso, conforme surge del material probatorio obrante en estos autos, la actora fue sometida a una serie de intervenciones quirúrgicas que implicaron derivaciones, traslados, extensos tratamientos médicos, además de una afectación concreta de su proyecto de vida. También la prueba pericial psicológica refiere a un daño psíquico de la Sra. C. como resultado del evento dañoso, que debe integrar la ponderación respecto del daño moral. En función de lo expuesto, teniendo en cuenta la índole de las lesiones, la gravedad de la culpa del autor del hecho, la existencia y cuantía de los perjuicios materiales, las condiciones personales de aquel y las de la víctima, considero adecuado el monto establecido por el Juez de grado, por lo cual los agravios, en este punto, han de ser rechazados." (cfr. fs. 1496 vta./1497).

Esta postura es concordante con el contenido que estima este Cimero Tribunal, comprende el daño moral. En este sentido, ha sostenido que el daño moral (en relación con la aplicación de lo normado en el código civil vigente por entonces y aplicable al casos de autos, conforme lo referido en el punto III de estos considerandos), comprende: "...todos aquellos perjuicios de índole extrapatrimonial que afecta a la persona. '¿Es decir, no se debe concebir únicamente el daño moral como modo de reparación del pretium doloris —daño causado por el sufrimiento físico resultante de las heridas y de las curas médicas: por

ejemplo, insomnio, tristeza, angustia, sufrimiento—, sino como omnicomprensivo de todos los perjuicios de índole extrapatrimonial que pueden afectar al ser humano, y que lesionan intereses amparados por el ordenamiento jurídico, generando alteraciones en las capacidades de querer, de sentir y de entender?' (cfr. Calvo Costa, Carlos A., ob. cit., p. 495) El daño moral importa una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial...Dicho reclamo no necesita de una prueba directa de su existencia y extensión ya que en ciertos supuestos su padecimiento se tiene por acreditado por el solo hecho de las lesiones. Está en el orden normal de las cosas que quien sufre una lesión en el cuerpo, necesariamente ha padecido dolores, angustias e incertidumbre, todo lo cual, hace procedente una indemnización sobre la base de una adecuada relación de causalidad y probabilidad entre los daños efectivamente sufridos y las consecuencias disvaliosas, no debiendo perderse de vista a tales fines, la entidad de las lesiones, los tratamientos sufridos y las secuelas..." (cfr. Sentencia, Tomo XVI, Reg. 557, Folio 3151/3159).

En efecto, la pericial psicológica da cuenta que la Sra. R. C. presenta un daño psíquico como resultado del acto quirúrgico del día 2 de octubre de 1999 y sus consecuencias. Sobre el particular pormenoriza que en su personalidad se produjo un desarrollo psicopatológico post-traumático caracterizado por: "Debilitamiento del Yo y de alguna de sus funciones (atención, concentración, implementación defensiva ineficaz). Alto monto de angustia y tensión psicológica. Alteración negativa del esquema corporal, con disminución de la autoestima e incremento de la inseguridad personal. Aparición de mecanismos defensivos primitivos (Regresión). Disminución del rendimiento en sus capacidades laborales e intelectuales, mediocres. Vivencia de deterioro y fragilidad. La relación afectiva con su entorno familiar es de sobredependencia." (cfr. foja. 796 vta.). Esta pericia da cuenta de la gravedad de las secuelas de la actora. Las que sumadas a los padecimientos propios de las intervenciones médicas que tuvo que soportar la actora a raíz de la mala praxis justifican la condena y monto de la condena por daño moral.

A mayor abundamiento se debe recordar que ya ha entendido este Tribunal Superior de Justicia que lo vinculado a la cuantificación del daño moral es una cuestión de hecho y prueba en el que son soberanos los jueces de grado y, en principio, detraída del conocimiento de esta instancia extraordinaria, salvo arbitrariedad o absurdo, lo que no se demuestra, ni avizora en el caso *sub examine* (cfr. Sentencia, Tomo XVI, Reg. 557, Folio 3151/3159).

También es correcto lo resuelto por la Cámara en cuanto al factor de atribución del daño a los recurrentes, a saber: "...las lesiones de los uréteres de la Sra. C., que tienen como causa adecuada la cirugía, son signos claros de mala praxis que le practicó el Dr. F. Tampoco surgen elementos de valor en la causa para inferir cualquier participación de la víctima o de terceros (eximentes de la responsabilidad) en el evento dañoso. En lo que se refiere a la responsabilidad de los sanatorios existe una teoría que explica la situación mediante la figura de la estipulación a favor terceros (cfr. art. 504 del Cód. Civil). En consecuencia, entre la clínica (estipulante) y el médico (promitente) se celebra un contrato a favor del enfermo (beneficiario). De este doble juego de relaciones surge entonces que las responsabilidades del galeno y del ente asistencial frente al paciente son directas y de naturaleza contractual...Se trata, asimismo, de una responsabilidad objetiva del ente asistencial ya que, probada la culpa del médico, la responsabilidad de aquel deviene inexcusable. De ahí que el paciente debe probar tan solo la culpa del médico, no para hacer funcionar una responsabilidad refleja sino para acreditar la violación de la obligación de seguridad por parte del sanatorio..." (cfr. fs. 1492 vta./1493).

El criterio de la Alzada encuentra respaldo jurisprudencial en lo resuelto por este Alto Cuerpo, que ha expresado: "Con relación a la manera en la cual deben cargar con la indemnización los deudores, vale decir que si bien no fue especificado en el fallo, el planteo no merece mayores comentarios pues es sabido que en estos casos pesa sobre los condenados una responsabilidad concurrente o in solidum, íntegra frente a la actora. En este tipo de obligaciones, todos los deudores responden por la totalidad frente al acreedor (confr. Vázquez Ferreyra, Roberto A., "Importantísimos aspectos del derecho de daños en un fallo sobre responsabilidad médica", Publicado en: LA LEY 1996-D, 447, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo V, 397; ídem, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 28/02/1996, G., F. M. y otro c. Centro Médico Lacroze y otros, LA LEY, 1996-D, 451). En igual sentido, Trigo Represas postula que '...las responsabilidades del establecimiento asistencial y del facultativo frente al paciente damnificado, serán 'concurrentes' o 'in solidum', ya que aquellos aparecen indistintamente obligados por el todo de la misma prestación, la indemnización del perjuicio, frente a este último; pese a provenir cada débito de una distinta fuente contractual: para el sanatorio, el convenio de prestación del servicio de salud concluido entre el mismo y el enfermo, y para el médico el contrato a favor de tercero, celebrado como 'promitente', con la clínica u hospital actuando este último a su vez como 'esti-

pulante'. O sea, en suma, que se trata de dos deudas independientes entre sí para con un mismo acreedor, pese a mediar entre ellas la conexión resultante de estar referidas a idéntico objeto...' (confr. Trigo Represas, Félix A., "Responsabilidad civil de médicos y establecimientos asistenciales", LA LEY, 1981-D, 133. Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales, T. V, p. 127)." (cfr. Sentencia, T. XV, Reg. 523, Folio 2940/2946).

En función de lo antedicho el pretenso agravio debe ser rechazado pues la decisión de la Excma. Cámara de Apelaciones se encuentra adecuadamente fundada.

Por otro lado, en cuanto a la alegada violación de la garantía constitucional y convencional de imparcialidad, defensa en juicio y acceso a la justicia se advierte que los recurrentes se circunscriben a invocarla, pero sin realizar una relación específica al caso de autos con la debida fundamentación. Es que la sola mención de normas, garantías o principios constitucionales sin hacer referencia de su aplicación concreta en el caso y sin explicar de qué manera se habrían vulnerado no constituyen base idónea de agravio (cfr. TSJ Santa Cruz, Sentencia, T. XVIII, Reg. 601, Folio 3444/3452).

V. Que tampoco es correcta la afirmación de los recurrentes en cuanto a que la Excma. Cámara de Apelaciones incurre en autocontradicción al tratar el tema de los intereses en dos momentos del fallo en forma diferente (cfr. fs. 1513 y 1526). La sentencia no es autocontradictoria. Lo único que hace es fijar distintas tasas de interés para diferentes lapsos en atención al momento en que empiezan a correr los intereses y al tiempo en que se produce la valuación de los daños —según el rubro de que se trate—. Zanjada esta cuestión se pasará a analizar qué intereses corresponden en el caso *sub examine*.

Como ya adelantamos, se utilizará para fijar los intereses el viejo Cód. Civil, respecto de los devengados hasta el 31 de julio de 2015; y el nuevo Cód. Civ. y Comercial desde el 1° de agosto de 2015 hasta el efectivo pago.

La mala praxis acaeció el 2 de octubre de 1999 y desde esa fecha se debe responder por los intereses moratorios. Estos son: "...aquellos que se deben en caso de mora del deudor en el cumplimiento de su obligación. El deudor, con su incumplimiento, priva ilegítimamente al acreedor de su derecho a percibir un capital y, como consecuencia de ello, se encuentra obligado a reparar el perjuicio ocasionado. Los intereses moratorios, en consecuencia, constituyen la indemnización de tal daño y requieren para su admisión que el incumplimiento le sea imputable al deudor. En el Código de Vélez se encontraban regulados en el art. 622, y en el Cód. Civ. y Comercial por el art. 768..." (cfr. Herrera Marisa, Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián (Directores): "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Infojus, Buenos Aires, 2015, T. III, p. 59).

Por consiguiente se deben determinar los intereses moratorios que deberá soportar el condenado. En el viejo Cód. Civil están previstos en el artículo 622, el que establecía en lo que aquí interesa que: "El deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación, desde el vencimiento de ella. Si no hay intereses convenidos, debe los intereses legales que las leyes especiales hubiesen determinado. Si no se hubiere fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar".

En el caso que nos ocupa, indemnización por daños y perjuicios, no existe interés legal ni convencional que discipline la cuestión, por lo tanto quien es llamado a fijar la tasa de interés es el Tribunal de la causa.

Por su lado, el Código Civil y Comercial regula el tema en el artículo 768, el que reza: "Intereses moratorios. A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central.".

Sobre los intereses moratorios en el Código Civil y Comercial se ha dicho en doctrina que: "El art. 768 del Cod. Civ. y Comercial mantiene en términos generales análoga redacción al antiguo art. 622 del Código de Vélez, en los incs. a) (convenio de partes) y b) (ley especial). El inc. c) introduce una modificación: Ante la falta de previsión de tasa de interés moratorio fijada por norma (convencional o legal) la misma se determina "por las tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central". Este inciso ha suscitado dudas en la doctrina y la jurisprudencia en tanto podría interpretarse que las tasas judiciales son ahora fijadas por el Banco Central de la República Argentina (BCRA). Tal interpretación no resulta acertada —a mi modo de ver— y ello encuentra explicación en los Fundamentos del Anteproyecto donde se lee: "No se adopta la tasa activa como se propiciara en el Proyecto de 1998 porque se considera que hay supuestos de hecho muy diversos y es necesario disponer de mayor flexibilidad a fin de adoptar la solución más justa para el caso" (Zannoni, Mariani de Vidal, Zunino, Shina, Ramos, Kemelmajer de Carlucci, "Código Civil y Comercial de la Nación. Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente. Exégesis de los fundamentos de la Comisión Redactora y las modificaciones del Poder Ejecutivo Nacional", Ed. Astrea, Bs. As. 2015, p. 245). Va de suyo, que quien

adopta la solución más justa para el caso solo pueden ser los jueces. Otro fundamento puede encontrarse en el art. 767 Cod. Civ. y Comercial en cuanto faculta a los jueces a establecer la tasa de intereses compensatorios, a falta de tasa fijada por las partes o por los usos y costumbres. La doctrina mayoritaria entiende que es el juez quien fija la tasa pero limitada —ahora, por el nuevo Código— al amplio abanico de las diversas tasas que fija el BCRA (Así, se dictaminó en la XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca, 2015, cuya Comisión 2 sostuvo, por mayoría el siguiente despacho "la previsión del art. 768 inc. c) no implica la delegación al Banco Central de la fijación de la tasa, sino que siempre será el juez el que la determinará. Las tasas fijadas por las reglamentaciones del Banco Central servirán como pauta que podrá ser utilizadas por el juez en esta tarea"). En igual sentido, se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ("Cabrera, Pablo David", 15/06/2016) y también el Tribunal Superior de Córdoba ("Masi, Alberto c. Rosli"; 01/11/2016)." (cfr. SCJM en pleno, "Lencinas, Mariano c. Citibank NA s/ despido", del 30/10/2017, www.informaciónlegal.com.ar. Cita Online: AR/JUR/77894/2017). Compartimos este último criterio, por lo que servidos del mismo procederemos a determinar lo que se debe abonar en concepto de intereses.

También utilizaremos la misma tasa de interés respecto del período anterior a la vigencia del Código Civil y Comercial, en función de la potestad que tienen los jueces de determinar los intereses moratorios según el artículo 622 del Cód. Civil.

En primer término analizaremos los intereses aplicados al rubro lucro cesante, sin perjuicio de que varias de las afirmaciones servirán para determinar el interés a utilizar en la condena por daño moral y reintegro de gastos.- Ahora bien, se debe tener en cuenta que el monto del lucro cesante se fijó a valores actualizados al momento del dictado de la Sentencia de Primera Instancia, 18 de diciembre de 2013 (tal fue la decisión de la Sentencia de la Excma. Cámara de Apelaciones, cfr. foja 1496), y que se encuentra prohibida la indexación de deudas. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Bedino", del 14 de marzo de 2017, recordó que: "...la ley 25.561 si bien deroga el régimen de convertibilidad impuesto por la ley 23.928, no modifica en lo sustancial los artículos 7° y 10 de esta última (ver art. 4° de la ley 25.561), por lo que se mantiene la prohibición de actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa" (cfr. Fallo: 340:141).

En cuanto a la liquidación de los intereses en las deudas de valor calculadas al momento de la sentencia, se ha dicho que el monto actualizado al que se llega debe estar vacío de intereses moratorios (cfr. Tula, Diego J.: "Los créditos laborales y la pasividad de los intereses en la Provincia de Buenos Aires", del 08/2014, LA LEY, www.informacionlegal.com.ar. Cita Online: AR/DOC/1748/2014). Jorge Mosset Iturraspe, por su parte, propone descomponer la tasa de interés en sus dos elementos: el fruto civil del capital y la prima por depreciación (constituida por el resto de la tasa), por lo tanto sostiene que el reajuste sobre el monto cubre la prima por depreciación y, entonces, los intereses sobre la cantidad global deben reducirse al mero fruto civil del capital (cfr. aut. cit. y Miguel A. Piedecasas: "Responsabilidad por daños - Ley 26.994", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, T. I, Parte General, p. 474). Por lo tanto, cabe hacer una excepción a la aplicación de tasas activas (o pasivas) en los casos de deudas de valor, en los cuales al momento del fallo se liquide en dinero el monto fijado a valores actuales. En estos casos los intereses deben liquidarse a razón de una tasa de interés puro, puesto que las tasas activas —y aun las pasivas— incluyen entre sus componentes una prima por desvalorización de la moneda (cfr. Méndez Sierra, Eduardo C.: "Obligaciones Dinerarias", Ed. ED, Buenos Aires, 2016, p. 240). En este orden de ideas la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, en un voto emitido en el marco de un plenario de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, recordó que si la suma de condena es un valor fijado al momento de la sentencia o contiene cláusulas de reajuste legalmente autorizadas, desde la mora hasta esa decisión devenga una tasa pura, y de la sentencia en adelante, corresponde la tasa bancaria (cfr.: "Aguirre Humberto por sí y por su hijo en J. 146.708/39.618 Aguirre Humberto c. OSEP p/ ejec. de sentencia s/ inc. cas.", Causa LS 401-211, del 28/05/2009. Cita Online www2.jus.mendoza.gov.ar).

Al respecto, sin perjuicio de lo expresado en el punto III de estos considerandos, y atendiendo a que en el fallo de la Excma. Cámara de Apelaciones se hace expresa mención (al momento de analizar la utilización de la alternativa valorista —fs. 1495—) al artículo 772 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, resulta ilustrativa la opinión de Ricardo Lorenzetti al comentar dicha norma, sosteniendo: "Como los intereses deben correr desde el momento en que se produjo el perjuicio, si estos tienen entre sus componentes escorias inflacionarias (ver comentario a los arts. 767 y 768), en el caso de las obligaciones de valor necesariamente se impone aplicar dos tasas diferentes: una desde que la obligación se hizo exigible hasta que se determinó el valor de la prestación, y otra desde este último momento hasta su pago. La primera no debe contener escorias inflacionarias. Es que la razón de ser de estas últimas es, precisamente, compensar (por vía indirecta) la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, situación que no se presenta hasta el momento de la cuantificación, pues el monto de la obligación se de-

termina de acuerdo al valor que ella reviste en dicho instante. No hay depreciación alguna. La tasa de interés, pues, debe ser pura, pues de lo contrario se estaría mandando a pagar dos veces lo mismo, con el consiguiente enriquecimiento sin causa para el acreedor." (cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis —Director— "Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, T. V, ps. 158/159).

Estimamos entonces que en supuestos de montos actualizados al momento del fallo, la utilización de la tasa pura desde la fecha del hecho dañoso (desde cuando comienza a correr la mora del deudor) es la herramienta más razonable y la que se debe emplear en el *sub lite* (criterio ya expresado por este Tribunal Superior de Justicia en la causa "Avilez" Sentencia, T. XIX, Reg. 654, Folio 3759/3767).

Si se emplearan tasas bancarias (pasivas o activas) que han sido determinadas teniendo en cuenta el fenómeno inflacionario, se produciría una distorsión que alteraría el significado económico de la sentencia; y significaría una repotenciación del capital de condena y un enriquecimiento sin causa para la actora. Esta posición es la que actualmente esgrime la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en los fallos "Vera, Juan Carlos" (cfr. Causa LP C 120536, del 18/04/2018) y "Nidera SA" (cfr. Causa LP C 121134, del 03/05/2018). Conforme este criterio, cuando el quantum de condena se determine a valores actuales, los intereses moratorios sobre el crédito deben liquidarse utilizando una tasa pura del seis por ciento (6%) anual a devengarse desde que se ha producido el prejuicio y hasta el momento que se ha tenido en cuenta para la valuación del perjuicio (en este caso la sentencia de Primera Instancia, del 18 de diciembre de 2013, cfr. foja 1130).

De allí en adelante, estimamos que debe aplicarse la tasa pasiva promedio mensual del Banco Central de la República Argentina. Tasa que ha sido utilizada por este Alto Tribunal en los siguientes precedentes: Sentencias, Tomos XVI, Reg. 559, Folio 3163/3171, XVII, Reg. 579, Folio 3303/3311, XX, Reg. 667, Folio 3859/3864 y Reg. 669, Folio 3870/3879, entre otros. Tasa que además es una de las posibles a aplicar dentro del abanico de opciones que permite el artículo 768, inciso c) del Cód. Civil y Comercial.

Otro fundamento para optar por la tasa pasiva, en vez de la activa, lo explicita el Cimero Tribunal Bonaerense, que sostuvo: "...la denominada tasa 'activa' tiene incorporado —además de lo que corresponde al 'precio del dinero'— un plus constituido por el costo financiero propio de las entidades que se dedican a la intermediación de capitales y que obviamente no pesa sobre la actora. Costo que, en nuestra economía, resulta desproporcionado por el sobredimensionamiento del sistema bancario y financiero. En sustancia, si el interés previsto en el art. 622 del Cód. Civil tiende a resarcir al acreedor el daño patrimonial causado por la falta de cumplimiento oportuno de la obligación, no debe perderse de vista que necesariamente habrá que tener en cuenta cuál podría haber sido la inversión ordinaria al alcance del acreedor si hubiese recibido la acreencia en término. Desde este ángulo es indudable que cualquier institución bancaria le hubiese abonado única y exclusivamente la tasa pasiva vigente al momento de la inversión o sus sucesivas renovaciones. La aplicación de otra tasa alteraría inexorablemente el fin propuesto alterando esa finalidad.". (cfr. "Cardozo, Félix M. y otra c. Crudo, Vicente P. y otras s/ daños y perjuicios", Causa Ac. 49.439, del 31/08/1993), SCBA "Ricart, Eduardo V. c. Madrid, Jorge D. y otros s/ daños y perjuicios" (cfr. Causa LP C 120650, del 12/07/2017). Hacemos nuestras estas reflexiones.

Traemos a colación lo decidido por este Alto Tribunal en "Bilbao" (cfr. Sentencia, Tomo XX, Reg. 669, Folio 3870/3879), al inclinarse también por la tasa pasiva, a saber: "Si el interés previsto en el antiguo artículo 622 del Código Civil y actual 768 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, tiende a resarcir al acreedor el daño patrimonial causado por la falta de cumplimiento oportuno de la obligación, necesariamente habrá que tenerse en cuenta cuál podría haber sido la inversión ordinaria al alcance del acreedor si hubiese recibido la acreencia en término. Desde este ángulo es indudable que cualquier institución bancaria le hubiese abonado única y exclusivamente la tasa pasiva vigente al momento de la inversión o sus sucesivas renovaciones. La aplicación de otra tasa alteraría inexorablemente el fin propuesto alterando esa finalidad (cfr. SCBA, "Ginossi Carlos c. Asociación Mutual UTA s/ despido", Causa L. 94.446, del 21/10/2009 y "Organtini, Liliana y otro c. Hilal, Diego y otros s/ daños y perjuicios", Causa L 105.756, del 29/06/2011, opinión del Juez Eduardo Julio Pettigiani, entre otras). Esto último ocurriría, a nuestro entender, por la aplicación de la tasa activa determinada en las instancias de grado. En tal sentido no debe perderse de vista que, al contrario de lo que ocurre con las tasas pasivas, las activas —que son aquellas que las entidades financieras cobran por los prestamos que otorgan—, tienen incorporado, además de lo que corresponde al precio del dinero, un plus constituido por el costo financiero propio de las entidades que se dedican a la intermediación de capitales el que obviamente no puede beneficiar a la acreedora, que no reviste el carácter de entidad financiera, en desmedro de la deudora. Costo que, en nuestra economía, resulta desproporcionado por el sobredimensionamiento del sistema bancario y financiero (cfr. SCBA, "Jotafí Computación Interactiva SA c. Municipalidad de Quilmes s/ demanda contencioso administrativa", Causa B.58.903, del 18/06/2014,

opinión del Juez Eduardo Julio Pettigiani). La activa, al no ser una tasa pura, lleva incluida en su monto una serie de 'escorias' (cfr. Molinario Alberto D., "Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas", ED, T. 43, p. 1155), como ser: el costo de captación o fondeo; el costo operativo y administrativo; el costo técnico (encaje); costo sistémico (expectativas del mercado); costo de morosidad (previsiones); costo impositivo; margen de beneficio (cfr. Kabas de Martorell María E., "Tratado de Derecho Bancario", Ed. Rubinzal-Culzoni, T. II, p. 53), todo esto es lo que tiene el banco en cuenta para obtener la tasa activa. Es por ello que para rechazar su aplicación la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha entendido que esos componentes en nada se compadecen con los intereses que debe afrontar el incumplidor moroso (cfr. SCBA, "Ginossi" cit.)." (cfr. Sentencia, T. XX, Reg. 669, Folio 3870/3879).

En síntesis, para el cálculo de intereses del lucro cesante se aplicará una alícuota del seis por ciento (6%) anual desde el momento del hecho dañoso, 2 de octubre de 1999, y hasta la fecha del dictado de la sentencia de Primera Instancia, 18 de diciembre de 2013 (oportunidad tenida en cuenta para la valuación de este rubro). De allí en más, se utilizará la tasa pasiva promedio mensual del Banco Central de la República Argentina.

Por su parte, a los ítems condenatorios daño moral y reintegro de gastos se les aplicará la tasa pasiva promedio mensual del Banco Central de la República Argentina a contarse desde la fecha del hecho dañoso, 2 de octubre de 1999.

Por lo expuesto, el agravio de los demandados tiene resultado parcialmente favorable, conforme el criterio sentado en este considerando.

VI. Que por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente a los recursos de casación articulados por los demandados, a fs. 1508/1519 y 1521/1532, y, en consecuencia, casar parcialmente la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción judicial obrante a fs. 1489/1499 vta., revocándola exclusivamente en cuanto a los intereses. Componer positivamente la litis y disponer que se calcularán los intereses conforme lo dispuesto en el considerando V.- Debe confirmarse la sentencia recurrida en todo lo demás que hubiera sido motivo de agravios.

En atención que lo resuelto fue parcialmente favorable a las pretensiones de los demandados, las costas en la presente instancia serán impuestas en razón del cincuenta por ciento (50%) para cada parte, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 71 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, difiriendo la regulación de honorarios de los letrados intervinientes en la casación hasta tanto den cumplimiento con lo dispuesto por las leyes previsionales y tributarias vigentes (cfr. Resolución General AFIP N° 689/1999) y sean regulados en las anteriores instancias.

Por todo ello, y oído que fue el Sr. Agente Fiscal, el Tribunal Superior de Justicia, resuelve: 1°) Hacer lugar parcialmente a los recursos de casación interpuestos, por el Dr. N. J. F., a fs. 1508/1519, y por el P. S. J. SA, a fs. 1521/1532. 2°) Casar parcialmente la sentencia de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial obrante a fs. 1489/1499 vta., revocando parcialmente exclusivamente en cuanto a los intereses. 3°) Componer positivamente la litis y, en consecuencia, disponer que al capital de condena se le aplicarán los intereses conforme lo dispuesto en el considerando V. 4°) Confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que hubiera sido motivo de agravios. 5°) Imponer las costas de esta instancia a los actores y a la demandada en razón de un cincuenta por ciento (50%) para cada parte (art. 71 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). 6°) Diferir la regulación de honorarios de los letrados intervinientes en la casación hasta tanto den cumplimiento con lo dispuesto por las leyes previsionales y tributarias vigentes (cfr. Resolución General AFIP N° 689/1999) y sean regulados en las anteriores instancias. 7°) Tener presente las reservas del caso federal. 8°) Regístrese y notifíquese. Oportunamente devuélvase. La presente sentencia se dicta con la firma de cuatro miembros del Tribunal, por constituir mayoría concordante en la solución del caso, en virtud de encontrarse aceptada la excusación de la Sra. Vocal Dra. Reneé Guadalupe Fernández (art. 27, 2° párrafo, de la Ley N° Uno, t.o. Ley N° 1600 y modificatorias). — *Paula E. Ludueña Campos.* — *Daniel M. Mariani.* — *Enrique O. Peretti.* — *Alicia d. l. A. Mercau.*

DAÑOS EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

Indemnización. Demandado obligado a realizar un curso tendiente a modificar conductas que desvaloricen a las mujeres.

1. — Atendiendo a las constancias, quedó acreditado el padecimiento espiritual que ha sufrido la accionante debido tanto a la violencia física, psicológica y económica en la que se vio envuelta durante todos los años que convivió con el demandado y hasta aún después de divorciados. Ponderando, entonces, las horrorosas circunstancias traumáticas en que llevaron a

la actora a iniciar la denuncia por ante la OVD y el presente reclamo judicial, considero reducida la partida establecida por la *a quo*, por lo que propicio la elevación del monto reconocido en la instancia de grado a la cantidad de $ 1.500.000.

2. — Sin perjuicio de la condena indemnizatoria ratificada en la presente resolución, corresponde imponer al demandado la asistencia a programas o capacitaciones reflexivos, educativos o terapéuticos tendiente a modificar conductas que desvaloricen a las mujeres o afecten a sus derechos, mucho más teniendo en cuenta que la relación entre las partes deberá continuar vinculada en función a la crianza, formación y cuidado de su hija de 11 años de edad.

3. — La circunstancia de que nos hallemos ante supuestos de alteraciones emocionales profundamente subjetivas e inescrutables no ha de impedir la evaluación del juez, la que necesariamente tendrá que ser objetiva y abstracta; para lo cual se considerará cuál pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo de una persona común, colocada en las mismas condiciones concretas en que se encontró la víctima del acto lesivo.

4. — Si hubiese quedado algún tipo de duda acerca del trato o, mejor dicho, del maltrato recibido por la actora en manos del demandado, los testimonios recabados ilustran un poco más acerca de los mismos y corroboran lo que las demás pruebas recogidas nos hacían entrever. Por todo ello, entiendo que se encuentra abonado holgadamente el obrar antijurídico de aquel y el nexo de causalidad entre ello y los daños sufridos por la parte actora, por lo que se rechazan las quejas vertidas por la demandada y se confirma el fallo en cuanto a la responsabilidad.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Violencia de género.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $1.500.000

Daño psicológico: $1.000.000

CNCiv., sala D, 02/09/2021. - P., S. S. c. B., C. F. s/ daños y perjuicios - familia.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/131758/2021]

COSTAS

Al demandado.

Expte. n° CIV 031074/2016/CA001

Buenos Aires, 2 de septiembre de 2021.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta el doctor *Rolleri* dijo:

I. Apelación

Contra la sentencia dictada por ante la anterior instancia el día 22 de septiembre de 2020, apelaron la parte actora y el demandado reconviniente, quienes expresaron agravios por ante esta alzada a fs. 832/838 y 839/842.

Habiéndose corrido los pertinentes traslados, los mismos fueron evacuados a fs. 844/846 y 847/857.

Con el consentimiento del llamado de autos a sentencia de fs. 861 las actuaciones se encuentran en condiciones para que sea dictado un pronunciamiento definitivo.

II. La Sentencia

La resolución de la Jueza a quo hizo lugar a la demanda promovida por la Sra. S. S. P., rechazando la reconvención deducida por el Sr. C. F. B., condenando al accionado a abonar a la actora la suma de pesos un millón ciento cuarenta y tres mil seiscientos ($1.143.600) con más las costas del proceso y los intereses dispuestos de acuerdo a lo establecido en el considerando respectivo

Por último, difirió la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para una vez que exista liquidación aprobada que contemple los intereses.

III. Agravios

a) La parte actora se agravia al considerar que los montos indemnizatorios fijados en el pronunciamiento recurrido como reparación merecen ser elevados en esta Alzada por considerarlos reducidos.

Luego de ello, también solicita se revoque parcialmente el decisorio recurrido y se fijen los intereses correspondientes desde el 9 de diciembre de 2015 hasta su efectivo pago a la tasa de interés activa BNA.

b) La demandada, por su lado, se alza por encontrarse disconforme con que se haya hecho lugar a la

acción intentada por la actora, y en su virtud, desestimado la reconvención deducida por su parte.

Destaca que lo actuado en el proceso 91459/15 refiere a circunstancias denunciadas unilateralmente por la actora, cuya autenticidad y veracidad no fue acreditada en autos.

Subraya que, a su criterio, se efectuó un análisis sesgado y parcial de las pruebas producidas, habiéndose considerado exclusivamente aquellas que se corresponden con el relato de la actora, omitiendo cualquier análisis sobre las impugnaciones que su parte efectúo a lo largo del proceso, como así también sobre las pruebas que desacreditaron los hechos de violencia imputados al demandado.

Rememora que su parte impugnó los testimonios de P., A. y R. por la relación de amistad con la actora y enemistad con el demandado, por lo que no deberían ser tenidos en cuenta a los fines probatorios.

Recuerda que su parte también cuestionó las conclusiones a las que arribó la pericia psicológica producida, aunque no se abordó adecuadamente su tratamiento por ante la anterior instancia.

Rememora, por otro lado, las declaraciones brindadas por los testigos S., G. y M.

Cuestiona, asimismo, que se haya tomado como fundamento de la violencia económica endilgada a su parte las constancias del expediente 42.785/16.

Recuerda todos los antecedentes existentes que acreditan, según su parte, la inexistencia de violencia económica imputable a su parte.

Luego de todo ello, se alza por considerar improcedentes, y en subsidio, excesivos los montos reconocidos a favor de la actora en concepto de daño moral y psicológico.

Por último, y para el hipotético caso de confirmarse el decisorio de grado, se alza al considerar que no corresponde imponerle las costas en su totalidad ya que la acción prosperó por una cantidad bastante menor a la reclamada en la demanda perpetrada por la Sra. P.

IV. Reseña de los hechos denunciados y postura de las partes

a) A fs. 109/144 se presentó la Sra. P. promoviendo demanda de daños y perjuicios contra el Sr. B. por los daños ocasionados por violencia física, emocional, psicológica, económica y los distintos padecimientos que dijo haber sufrido, por la suma de $ 4.200.000.

En la primera presentación denunció que conoció al demandado en el año 1983 mientras cursaba los estudios secundarios, que comenzaron en esa época una relación de noviazgo y que a los 26 años quedó embarazada de su primera hija, G.

Recordó lo difícil que fue su nacimiento y la relación que tenía para aquel entonces con el aquí accionado, revelando que para el año 2000 ya sufría agresiones e injurias de manera casi permanentes. Recordó que se había inscripto a escondidas en el CBC de la carrera de psicológica, pero que él le insistió en que abandonase sus estudios.

Denunció que en ese contexto se produjo el primer hecho de violencia física. Prosiguió su relato al afirmar que, con la mejoría de la economía familiar, se decidió que ella no trabaje más y se dedique a las tareas del hogar.

Agregó que en el año 2007 quedó embarazada de su segunda hija, A., describiendo los lugares donde residieron, imputó al demandado diferentes situaciones donde ejerció violencia psicológica como asimismo lo responsabilizó de haberle sido infiel con diferentes mujeres.

Detalló los maltratos físicos que sufrió como asimismo otros mecánicos psicopatológicos que utilizó el accionado para humillarla frente a terceros o familiares para luego describir puntillosamente los distintos tipos de violencia que sufrió (psicológica, económica y física).

b) Habiéndose corrido el pertinente traslado, el accionado expresó que los episodios de violencia a los que hizo referencia la actora jamás existieron.

Señaló que la inestabilidad de la accionante culminó con la injustificada denuncia ante la Oficina de Violencia Familiar y con la interposición de la presente acción.

Sostuvo y denunció un hostigamiento continuo, infundado y perjudicial contra su persona que le ocasionó daño moral y en su psiquis.

Reconvino, entonces, por la suma de $ 1.150.000.

V. Responsabilidad

a) Primeramente, quiero dejar en claro que no me encuentro obligado 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 a estudio (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etc.).

Asimismo, en sentido análogo, señalar que tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el mismo (CSJN, Fallos: 274:113; 280:320; 144:611).

En segundo término, y ante el escenario que se vislumbra entre las partes, resulta necesario recordar que las mismas contrajeron matrimonio el 28/10/05 y se divorciaron el 02/06/16 (v. fs. 2 y sentencia de fs. 95 en el expediente seguido entre las mismas partes sobre divorcio N° 5696/16).

b) Habiendo aclarado ello, es oportuno rememorar que la reforma constitucional del año 1994 atribuyó al Congreso competencia para legislar medidas de acción positiva, a fin de garantizar la igualdad real de trato, en particular respecto de niños, mujeres, ancianos y discapacitados (art.75 inc.23 CN; ver María Angelica Gelli, Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, La Ley, 3ra.ed.2008; ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la formación a la acción, Ed. CEJIL, 2004).

En ese orden de ideas, los Tratados internacionales con jerarquía constitucional se orientan en idénticos sentido (conf.art.75 inc.22 CN; Declaración Universal de los Derechos del Hombre; Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales; Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención internacional para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial; Convención de los Derechos del Niño; Convención sobre la Eliminación de todas la formas de discriminación contra la mujer –CEDAW, 1979).

Por su parte, la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) –aprobada por ley 23.179 y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (Belém do Pará, 1994, aprobada por ley 24.632), son instrumentos internacionales que precisan el contenido de la obligación de los Estados de garantizar a las mujeres, sin discriminación, el goce de todos sus derechos.

Posteriormente en el año 2009, la ley 26.485 de "Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus relaciones interpersonales" representa un cambio de paradigma sostenido por toda una normativa que aborda la temática de la violencia de género desde una perspectiva más amplia de la que existía en la legislación nacional (conf. Nora Lloveras y Olga Orlandi, La violencia y el género. Análisis interdisciplinario, ed. Nuevo enfoque jurídico, 2012, pág. 155).

En su artículo 4°, dicha normativa identifica y define a la violencia contra las mujeres como "toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal", considerando, asimismo, a la violencia indirecta "como toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón".

Ulteriormente, en su artículo 5° describe los diversos tipos de violencia ejercidos contra una mujer como la Física: (la que se emplea contra su cuerpo provocando dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física, como limitar sus movimientos bajo encierro); Psicológica (aquella que causa un daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal, aplicando mecanismos de dominación que puede emplear el agresor para controlar el tiempo, la libertad de movimiento, los contactos sociales y las redes de pertenencia que limitan la participación de la víctima en actividades fuera del ámbito doméstico); Sexual (definida como todo acto sexual, la tentativa de consumar el mismo, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra); Económica y patrimonial (señalada como de una gravedad extrema por sus consecuencias, ya que la falta de independencia económica obliga a las mujeres a mantenerse en situaciones de violencia sin poder romper ese círculo de dependencia, no solo con su pareja sino también en el ámbito laboral); Simbólica (donde a través de cualquier medio masivo de comunicación, de manera directa o indirecta, se injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra su la dignidad como modo de mantenimiento del desequilibrio de poder en las relaciones de género, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad y que no requiere el uso de la violencia física) y finalmente la violencia Política (como aquella que se dirige a menoscabar, anular o impedir, obstaculizar, o restringir su participación política, vulnerando el derecho a participar en asuntos públicos en condiciones de igualdad con los varones). (MEDINA, Graciela y YUBA, Gabriela "Protección integral de las mujeres. Ley 24.685 comentada", pág 210 y sstes. RubinzalCulzoni, 2021).

Por otro lado, en su artículo sexto, establece en lo que aquí nos interesa que la violencia doméstica con-

tra las mujeres es aquella ejercida por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde esta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres, entendiéndose por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos e incluyendo las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia.

Por último, es dable mencionar que su artículo 35 habilita a la parte damnificada a reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios sufridos, según las normas comunes que rigen la materia.

Ahora bien, en el derecho de daños el eje central sobre el cual se ha asentado todo su sistema normativo lo encontramos el principio no dañar a otro o "alterum non laedere", al que la Corte Suprema le asignó jerarquía constitucional. Así, nuestro más alto Tribunal sostuvo que dicho principio, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional, y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, pues expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica toda vez que el art. 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, ello en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna. (Ver CSJN "Santa Coloma" Fallos, 308:1160, "Aquino" Fallos 327:3753, "Diaz, Timoteo" Fallos 329:473, "Ontiveros" Fallos 340:1038)

En tal sentido, el artículo 1716 del CCyC dispone que "La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado" conforme con las disposiciones de ese Código.

Adviértase que en la determinación de los presupuestos de la responsabilidad civil hay que tener en cuenta que según el artículo 1717, "cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada". Y ni la violencia verbal, ni la física, ni la psicológica, tienen justificativo alguno ya que lo justificado es el ejercicio regular de un derecho y no el abuso del derecho o la conducta dañosa.

En este sentido, el artículo 1737 de Código Civil y Comercial establece que "hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva".

c) Luego de explicitado todo ello, preciso es dilucidar si existió un daño y si su perjuicio fue acreditado, como su relación de causalidad con el accionar del demandado, lo que traería aparejado su obligación de repararlo (conf. art 1726 CCyCN).

Veamos las pruebas producidas.

Primeramente, es importante señalar que los casos de violencia de género deben ser juzgados con perspectivas de género, consistente en visualizar si en el caso se vislumbran situaciones discriminatorias entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla en forma diferente, a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar el concepto de categorías sospechosas de sufrir discriminación al momento de repartir el concepto de la carga probatoria. (MEDINA, Graciela y YUBA, Gabriela "Protección integral de las mujeres. Ley 24.685 comentada", pág 59 y sstes. RubinzalCulzoni, 2021)

Así, en referencia a los marcos teóricos que deben considerarse en toda decisión judicial, la perspectiva de género implica: a) reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los hombres como grupo social y discriminatorias para las mujeres; b) que estas relaciones han sido constituidas social y culturalmente y son constitutivas de las personas; y c) que atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual y religión. (Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 92, 14/05/2021 "M., M. E. c. D., D. s/ fijación de compensación" Cita: TR LALEY AR/JUR/63615/2021).

En sentido concordante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que el documento del Comité de Seguimiento de la Convención Belem do Pará (CEVI) recomendó incorporar un análisis contextual que permita comprender que la reacción de las víctimas de violencia de género no puede ser medida con los estándares utilizados, ya que la persistencia de los estereotipos y la falta de aplicación de la perspectiva de género podría llevar a valorar de manera inadecuada el comportamiento. Asimismo, señaló que la inminencia permanente de la agresión, en contextos de violencia contra la mujer, se caracteriza por la su continuidad – puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia y su carácter cíclico si fue maltratada, posiblemente vuelva a serlo y no requiere la proporcionalidad entre la agresión y la respuesta defensiva porque existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia. Finalmente, expresó nuestro más alto tribunal, que la aparente desproporción entre la agresión y respuesta puede obedecer al miedo de la

mujer a las consecuencias por una defensa ineficaz y se subraya que existe una relación entre la defensa empleada y los medios con que las mujeres disponen para defenderse ya que no se requiere la proporcionalidad del medio, sino la falta de desproporción inusual entre la agresión y la defensa en cuanto a la lesión. (CSJN 29/10/2019 "R., C. E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley" (Cita: TR LALEY AR/JUR/36601/2019)

Aclarado ello, de manera introductoria diré que no enunciare la totalidad de la prueba recabada por ante la anterior instancia, cuestión que sí realizó la anterior magistrada con detallada minuciosidad, sino solamente aquella que considero relevante a la hora de realizar un juicio de valor sobre el comportamiento de los involucrados en el suceso.

Pues bien, resulta de suma importancia para la solución del presente reclamo la prueba producida en el expediente sobre violencia familiar N° 91459/15.

De la compulsa de esos actuados se desprende que la aquí demandante concurrió a la Oficina de Violencia Domestica el día 21 de diciembre de 2015 con motivo de un episodio acaecido el 9 de ese mes y año con el Sr. C. B. y en donde esté último habría ejercido sobre la Sra. P. violencia emocional y física.

Habiendo la OVD calificado la situación como de alto riesgo al momento de la entrevista, consideró indispensable que ambos adultos realicen un tratamiento especializado en violencia familiar a los fines de evitar la repetición de episodios de esa naturaleza.

Por otro lado, del informe médico realizado sobre la actora, se desprende que presentaba al momento de su inspección hematoma fronto temporal izquierdo y en arcada cigomática izquierda y en mejilla izquierda, hematoma peri orbitario izquierdo con congestión en ojo izquierdo, hematoma en región pericordial izquierda, hematoma en glúteo derecho y rodilla izquierda (v.fs. 10/11 y fotografías allí acompañadas).

Por todo ello, se decretó la exclusión del demandado del inmueble sito en la calle Peñaloza 599 y la prohibición de acercamiento a la Sra. P.

Ya destacó la anterior iudicante los reiterados incumplimientos del demandado sobre dicha medida (v.fs. 102, 127 y 128 del 91459/15), por lo que no habré de extenderme sobre ello.

Luego, de la compulsa del informe emitido por el Cuerpo Médico Forense obrante a fs. 306/311 se desprende que los expertos señalaron que el denunciado poseía una doble fachada, intentando sostener una apariencia que no coincidía con los hechos de violencia denunciados, buscando permanentemente controlar la conversación por ante dicho cuerpo colegiado y no respondiendo a preguntas determinadas (v.fs. 309).

El CMF sugirió el no contacto entre las partes, la prohibición de acercamiento hacia la denunciante y una de sus hijas, recomendándose la evaluación diagnostica del Sr. B. y un posterior tratamiento.

Los hechos de violencia económica también se vieron abonados a largo de ese expediente (v.fs. 352, 386/387, 539 y 615/616) como asimismo algunos actos de hostigamiento, violencia psicológica e incumplimiento de la prohibición de acercamiento (v.fs. 390/391, 393/396, 436 y 504/506).

Luego, a fs.723/744 de estos actuados obra la pericial psicológica realizada por la especialista desascinulada de oficio y que no hace más que confirmar los hechos de intimidación vividos por la accionante y la relación de causalidad existente entre esos padecimientos y el cuadro psíquico que padece la demandante en la actualidad.

Si bien el accionado planteo la nulidad de la misma y la impugnó de manera subsidiaria (v.fs. 746/751), entiendo que ninguno de los fundamentos ensayados contrarían las sólidas conclusiones a las que arribará la experto interviniente, máxime si se tiene en consideración que a fs. 767/771 la perito ratificó su informe preliminar.

En su virtud entiendo que corresponde estar a sus conclusiones (conf. art. 477 CPCCN).

Por último, y si hubiese quedado algún tipo de duda acerca del trato o, mejor dicho, del maltrato recibido por la Sra. P. en manos del Sr. B., los testimonios recabados a fs. 429/431, 433/437 y 514/518 nos ilustran un poco más acerca de los mismos y corroboran lo que las demás pruebas recogidas nos hacían entrever.

No se me escapa que existen otros testigos que brindaron un relato (v.fs. 457/459, 474/476 y 706/710) que favorece la postura mantenida por el accionado al contestar la presente acción y reconvenir, pero ellos no logran conmover a mi entender, el vasto conjunto de material probatorio rendido en estos actuados por la accionante como asimismo en los autos conexos seguidos entre las mismas partes.

Por todo ello, entiendo que se encuentra abonado holgadamente el obrar antijuridico del demandado y el nexo de causalidad entre ello y los daños sufridos por la parte actora, por lo que propicio al acuerdo el rechazo de las quejas vertidas por la parte demanda-

da en cuanto a este punto se trata, y en consecuencia, la confirmación del fallo en cuestionado sobre el particular.

VI. Parciales indemnizatorios

a) Daño Moral

La Sra. Juez *a quo* concedió la suma de $ 650.000 bajo el presente ítem. La actora había reclamado el monto de $ 2.000.000 en el escrito inicial.

Al respecto destacaré que el daño moral es la lesión en los sentimientos, a las afecciones legítimas, y cuya evaluación es tarea delicada pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior.

Lamentablemente, 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. Tampoco para establecer su monto se deben correlacionar los daños materiales y morales, puesto que se trata de lesiones de diferente índole, y la existencia o no de daños materiales carece de influencia en la determinación del agravio moral.

En definitiva, puede decirse que el daño moral en tanto configura un menoscabo a los intereses no patrimoniales es el conjunto de sinsabores, angustias, pesares, sufrimientos, etcétera, que el injusto provocó en el damnificado; más allá de las secuelas de orden psíquico que el episodio pueda o no dejar en la víctima, según su peculiar sensibilidad y circunstancias personales (ver Cammarota, Antonio, "Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos", ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 102; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños, T. 2b, pág. 593 y ss.; Zannoni, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, p. 287; CNCiv, Sala C, 2212-2005, "Vega Rubilan, Soria de las Mercedes c/ Transporte Automotor General Las Heras SRL", LL, online; íd., Sala E, 2652006, "Montalbetti, Carlos F. y otros c/ Microómnibus Sur SAC y otros").

No obstante lo expuesto, la circunstancia de que nos hallemos ante supuestos de alteraciones emocionales profundamente subjetivas e inescrutables no ha de impedir la evaluación del juez, la que necesariamente tendrá que ser objetiva y abstracta; para lo cual se considerará cuál pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo de una persona común, colocada en las mismas condiciones concretas en que se encontró la víctima del acto lesivo (ver Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad civil", p. 247, 9° edición, Abeledo Perrot, 1997).

En este sentido, no parecería un requisito necesario la demostración por los accionantes de la existencia en sí del daño moral; a tal punto que se ha sostenido que dicha prueba –de producirse sería irrelevante para el Derecho, pues lo que hay que tener en cuenta es el dolor o sufrimiento moral que el hecho en cuestión produce normalmente en los sujetos, dado que se estaría ante un efecto "previsto de antemano por la norma" (ver Brebbia, Roberto H., "El daño moral", p. 86, Ed. Orbir, 2° edición, Rosario, 1967).

De todas maneras, y en lo que hace a la magnitud y el alcance del daño moral, es verdad que podrá ser presumido por el juez por vía indirecta, tras la prueba por la víctima de determinadas situaciones por las que ella transita a raíz del injusto (ver Zabala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", T. 2b, p. 593 y ss.) (conf. C.Civ. Sala B, del 13/9/11, en los autos caratulados: "S. V. de N. y otros c/ OSDIC y otros s/ daños y perjuicios").

En el caso, atendiendo a las constancias de autos, considero que ha quedado cómodamente acreditado el padecimiento espiritual que ha sufrido la accionante debido tanto a la violencia física, psicológica y económica en la que se vio envuelta durante todos los años que convivió con el demandado y hasta aún después de divorciados.

Ponderando, entonces, las horrorosas circunstancias traumáticas en que llevaron a la actora a iniciar la denuncia por ante la OVD y el presente reclamo judicial, es que considero reducida la partida establecida por la "a quo", por lo que propicio la elevación del monto reconocido en la instancia de grado a la cantidad de $ 1.500.000 (conf. art. 165 CPCCN).

b) Daño Psicológico

La anterior magistrada concedió la suma de $ 400.000 por este concepto, entendiendo prudente, asimismo, otorgar el monto de $ 93.600 para afrontar el tratamiento psicoterapéutico recomendado por la especialista que intervino en autos.

La demandante había requerido la cantidad de $ 2.000.000 por el primer concepto y $ 200.000 en concepto de tratamiento en el libelo inaugural.

Ha sostenido esta Sala en reiteradas oportunidades que el daño psicológico no queda subsumido en el daño moral, pues ambos poseen distinta naturaleza. En efecto el daño psíquico corresponde resarcirlo en la medida que significa una disminución en las aptitudes psíquicas, que representan una alteración y afectación del cuerpo en lo anímico y psíquico, con el consiguiente quebranto espiritual, toda vez que este importa un menoscabo a la salud considerada

en un concepto integral. (v. sentencia de esta sala en expediente N° 70.226/15 y 75.428/16 de fecha 71119 y 42.865/12 del 271119, entre muchos otros.)

Habiendo dejado aclarado ello, resulta apropiado recordar que a fs. obra el informe pericial psicológico presentado por la perito desasinculada de oficio, Lic. Agustina Flores.

Luego de haber realizado los estudios de rigor, la experta concluyó que "... la Sra. P. presenta una depresión reactiva moderada, que se equipara desde el DSM IV, a un trastorno distímico (F34.1), lo que representa un porcentaje del 25 % de incapacidad psíquica. Desde el punto de vista de la psicología resulta difícil establecer con criterio científico la distribución de porcentajes cuando se trata de un nexo concausal. Los mecanismos psíquicos que actúan vinculando los elementos concausales son móviles, versátiles y en este sentido no admiten una precisión exacta. No obstante, intentando realizar una discriminación orientativa, que en modo alguno pretende exactitud por ser científicamente imposible, se establece que conforme a los antecedentes histobiograficos de la Sra. P., así como también a lo evaluado en el estudio psicodiagnóstico efectuado, la estructura psíquica previa de la actora es un factor predisponente para la aparición futura de un desequilibrio emocional como el constatado en la actora en la actualidad, no obstante la existencia de síntomas ya descriptos han hecho su aparición con posterioridad al hecho de autos. Por lo tanto, se arriba a la conclusión de que la mayoría del porcentaje de incapacidad establecida corresponde a la existencia de los hechos de marras, quedando para el hecho de autos una incapacidad del 18 % (dieciocho por ciento), siendo solo un 7 % (siete por ciento) correspondiente a lo previo al hecho..." (v.fs. 735vta).

Sin perjuicio de ello, propuso que la demandante realice un tratamiento de por lo menos 3 años, con una frecuencia de una vez por semana, y con un costo estimado de sesión individual de $ 600, lo que daría un costo de $ 93.600.

Si bien a fs. 746/751 el demandado impugnó y tildó de nula la pericia de referencia, a fs. 767/771 la perito psicóloga ratificó en todo, su presentación preliminar.

Arribado a este punto, vale resaltar que, si bien los jueces no están obligados a aceptar y consagrar los dictámenes periciales, tampoco pueden ser dejados de lado por este en forma discrecional. Ello porque si bien es cierto que las normas procesales no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, no lo es menos que cuando el mismo comporta la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del perito, para desvirtuarlo, es imprescindible traer elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error, o el inadecuado o insuficiente uso que el técnico hubiera hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado, o sea, que el apartamiento de las conclusiones establecidas en aquel debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, evidenciando la existencia de errores de entidad, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de los hechos controvertidos (conf. MorelloSosaBerizonce: "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Prov. de Bs. As. y de la Nación, Comentados y Anotados", t. VB, pags. 453/).

En este caso, la peritación en cuestión, analizada con sujeción a lo que dispone el art. 477 del Código Procesal, es clara y concluyente en su contenido, da respuestas concretas a los puntos periciales formulados, y deja definitivamente esclarecido cuál es la secuela que puede atribuirse en relación de causalidad adecuada con los hechos ventilados en estos actuados. A su vez, con la respuesta de fs. 767/777 logra mantener inconmovibles las conclusiones que formulara.

En virtud de ello, entiendo prudente estar a sus conclusiones (conf. art. 477 del CPCC).

En resumidas cuentas, entiendo procedente el reclamo del presente concepto y reducida la suma concedida por ante la anterior instancia a favor de la accionante de autos, por lo que propongo al acuerdo la elevación de la cantidad concedida a favor de la Sra. P. a la suma de $ 1.000.000 (conf. art. 165 CPCCN).

Entiendo, por otro lado, ajustado a derecho la cantidad reconocida para hacer frente al tratamiento recomendado por la especialista de autos, por lo que propicio al acuerdo su confirmación (conf. art. 165 CPCCN).

VII. Tasa de Interés

a) La anterior magistrado dispuso que "... en tanto los montos se fijan a valores actuales, los intereses correrán desde el 9 de diciembre de 2015, y aplicaré la tasa del 8 % hasta la sentencia y a partir de esa fecha la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina hasta el efectivo pago de a indemnización, salvo en lo relativo al tratamiento psicológico que fijo la tasa del 8 % desde el hecho hasta la pericia, y a partir de ahí la tasa activa..."

La demandante requiere la aplicación de la tasa activa desde la fecha del hecho y hasta su efectivo pago.

b) Corresponde recordar que "los intereses correspondientes a indemnizaciones derivadas de delitos o cuasidelitos se liquidarán desde el día en que se produce cada perjuicio objeto de la reparación" (Gómez Esteban c/Empresa Nacional de Transporte").

En este sentido cabe destacar que la deuda de responsabilidad –cuyo incumplimiento constituye la fuente de los intereses – es previa con relación a la resolución jurisdiccional que la reconoce.

Los daños cuya reparación se persigue por medio de esta acción judicial se han producido en forma coetánea con los hechos ilícitos motivo de la litis, entonces la obligación del responsable de volver las cosas a su estado anterior y de indemnizar los restantes perjuicios sufridos ha nacido a partir del momento en que tuvo lugar el obrar antijurídico.

En efecto, a poco que se observe que los intereses tienen por finalidad compensar al acreedor la indisponibilidad del uso de su capital, se advierte que si este es debido desde el momento en que se produjo el daño (o lo que es lo mismo, desde que el damnificado se hallaba habilitado a reclamarlo), no existe motivo alguno para computar aquellos en forma diferente.

En lo atinente a la tasa de interés aplicable cabe señalar que de conformidad con la doctrina establecida por la Cámara en pleno en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios" en los acuerdos del 14 de octubre y 11 de noviembre de 2008 y la inteligencia atribuida a esa doctrina por mi distinguida colega de Sala Dra. Patricia Barbieri en el Expediente Nº 81.687/2004 "PEZZOLLA, Andrea Verónica c/ Empresa de Transportes Santa Fe SACEI y otros s/ daños y perjuicios" y su acumulado Expte. Nº 81.683/2004 "PEZZOLLA, José c/ Transportes Santa Fe SACI s/ daños y perjuicios" del 27/11/2017, y a la facultad que por otro lado el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación otorga a los jueces en su art. 768, comparto el criterio mantenido en cuanto a que los intereses se computen desde la fecha establecida en el decisorio recurrido y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal actual a treinta días del Banco Nación Argentina.

Debo dejar aclarado que, si bien entiendo que intereses correspondientes a las sumas concedidas en concepto de tratamiento psicoterapéutico deberían devengar intereses a partir del pronunciamiento judicial por tratarse de gastos futuros, al no haberse introducido agravios a su respecto, corresponde confirmar la fecha de inicio del cómputo de los mismos.

En virtud de ello, propicio al acuerdo la modificación parcial del fallo cuestionado sobre el particular.

VIII. Costas

El sistema de imposición de costas tiene como finalidad resarcir a la parte contraria de los gastos que tuvo que realizar para lograr el reconocimiento de su derecho. Tiene su fundamento en el principio objetivo de la derrota que actúa con independencia del factor subjetivo, esto es, sin tener en cuenta la buena fe, o la mala en su caso, con la que ha actuado el que estaba obligado a soportarlos (art. 68 CPCC).

En ese sentido, la circunstancia de que el éxito de la demanda sea parcial, no le quita al demandado la calidad de vencido a los efectos de las costas. Esto pues la noción de derrotado debe obtenerse de una visión sincrética y global del juicio y no, por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. El fundamento aludido del hecho objetivo de la derrota no sufre desmedro por la sola circunstancia de que el reclamo inicial no prospere en su totalidad.

Si la actora se vio forzado a formular la demanda, un progreso parcial no implica restar relevancia a la necesidad de litigar, por lo que las costas deben imponerse en esos supuestos a la demandada, ni las circunstancias de que la sentencia no haga lugar en todo a la demandada, implica la liberación de costas al vencido (conf.A. M. Morello, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial...", Editorial Abeledo Perrot, p. 61 y 113). Además, al disminuir el monto de la condena que debe satisfacer el obligado, se reduce correlativamente, el parámetro sobre el que habrán de fijarse los honorarios, con lo que aquel no sufre mayor perjuicio que el que surge de la parte de responsabilidad que se le ha imputado(conf. CNCivil, Sala "F" en "Mercado R. c/ Sirera P." del 18892; id., esta Sala, c. 511.749 del 11008, c. 548.458 del 26410, entre muchas otras).

Por tanto, considero que los agravios del accionado sobre el tema no deben ser admitidos.

Las costas de esta Alzada, también deben ser soportadas por la demandada sustancialmente vencida (conf. art. 68 CPCCN).

IX. Capacitación en género

El art. 7 de la Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres establece que es menester de los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptar las medidas necesarias y ratificar en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones, garantizando la adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores

de igualdad y deslegitimación de la violencia (inc. b). Asimismo, entre los lineamientos básicos para las políticas estatales se dispone garantizar campañas de educación y capacitación orientadas a la comunidad para informar, concientizar y prevenir la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (art. 10 pto. 1) .

En ese mismo sentido, es importante mencionar que la ley 27.499 «Ley Micaela», dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, junto con la creación de un programa Nacional Permanente de Capacitación Institucional en Género y Violencia contra las Mujeres con el objetivo de "capacitar y sensibilizar" a los integrantes de los diferentes niveles del Estado.

Más aún, la Recomendación General N° 25 párrafo 10 del año 2004 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer CEDAW) expreso que "La situación de la mujer no mejorará mientras las causas subyacentes de la discriminación contra ella y de su desigualdad no se aborden de manera efectiva. La vida de la mujer y la vida del hombre deben enfocarse teniendo en cuenta su contexto y deben adoptarse medidas para transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente."

Como puede observarse, teniendo en cuenta lo hasta aquí señalado, resulta una política de estado educar a la población en perspectiva de género a los fines de modificar patrones estereotipados de conductas, en particular a los agresores obligando su participación en programas reflexivos, educativos o terapéuticos tendientes a la modificación de actitudes violentas.

Es por ello que, sin perjuicio de la condena indemnizatoria señalada que será ratificada en la presente resolución, entiendo pertinente en este caso particular, imponer al demandado la asistencia a programas o capacitaciones reflexivos, educativos o terapéuticos tendiente a modificar conductas que desvaloricen a las mujeres o afecten a sus derechos, mucho más teniendo en cuenta que la relación entre las partes deberá continuar vinculada en función a la crianza, formación y cuidado de su hija menor A., de 11 años de edad.

X. Conclusión

Por todas las razones que dejo expuestas y si mis distinguidos colegas compartieran mi opinión, propicio: 1) Hacer lugar parcialmente a las quejas vertidas por la parte actora, y en su virtud, elevar a la cantidad de $ 1.500.000 el monto concedido en concepto de daño moral y a la suma de $ 1.000.000 la suma correspondiente al daño psicológico; 2) Se computen los intereses correspondientes desde la fecha establecida en el decisorio recurrido y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal actual a treinta días del Banco Nación Argentina para todos los rubros concedidos; 3) Ordenar que el Sr. B. realice, dentro del plazo de tres meses del dictado de la presente, un curso de forma presencial o virtual (atento a la situación de pandemia Covid 19) de capacitación y sensibilización en género y violencia, brindado por entidad u organismo autorizado para ello, debiendo acreditar el cumplimiento y su resultado mediante la presentación de comprobante de asistencia y finalización ante el juzgado de anterior instancia, bajo apercibimiento de aplicación de una multa diaria de pesos mil ($ 1.000) que serán destinados a programas de protección contra la violencia de género de la ciudad autónoma de Buenos Aires. 4) Se confirme la sentencia de grado en todo lo demás que ha sido motivo de agravio y apelación; 5) Se impongan las costas de alzada al demandado vencido (conf. art. 68 CPCCN); 6) Se difiera la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para el momento procesal oportuno; 7) Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida lo dispuesto por el artículo 164 párrafo segundo del ritual y articulo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional.

Así mi voto

La doctora *Barbieri* dijo:

Adhiero en un todo al voto de mi estimado colega doctor *Rolleri*.

Simplemente aclararé, a mayor abundamiento, que es profusa la jurisprudencia de este fuero como asimismo a nivel nacional y provincial con respecto a tema tan delicado como el debatido en autos.

Así a manera ilustrativa no puedo dejar de recordar un fallo reciente de la Sala C de esta Cámara que se ha expedido de manera contundente sobre un tema similar al que nos ocupa en estos autos. Este Tribunal ha dicho que "la denominada `violencia doméstica´ o de `género´ es considerada uno de los mayores problemas de derechos humanos para la comunidad internacional. Este tipo de violencia es causa de un importante índice de muertes y lesiones de naturaleza física, psicológica y sexual, que afecta a todas las clases sociales, culturales y económicas, y a personas de cualquier edad; razón más que suficiente para que aquella sea abordada como una `violación de los derechos humanos´ y de las `libertades individuales´, en la medida en la cual ella, cercena la igualdad, la se-

guridad, la dignidad y la autoestima de quienes la padecen, en su mayoría mujeres [...].

"Solo si se entiende que la violencia contra la mujer es un supuesto de discriminación en razón de su género y que esta se encuentra específicamente reprobada a nivel internacional se podrá comprender por qué dicha violencia es una cuestión de derechos humanos y, por ende, la necesidad de un abordaje integral a través de la acción positiva por parte de los Estados".

"La necesidad de enfocar el análisis de casos de violencia contra la mujer desde la `lente´ de los derechos humanos, influye necesariamente en la apreciación y valoración de la prueba. En esta dirección, se ha explicado que en los procesos judiciales vinculados con esta problemática, la prueba de los hechos denunciados por la víctima no es una tarea simple y ello es así porque se trata de hechos que normalmente transcurren en la intimidad o en circunstancias en las que solo se encuentran presentes la víctima y el agresor. Es por tal razón, que en estos supuestos, resulta fundamental el testimonio de la víctima, siempre que se efectúe con las debidas garantías de manera tal que el involucrado pueda desvirtuar el relato de la denunciante". (CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA C. ALCE. CAUSA N° 30859. 25/8/2020).

Por su parte, la Sala H sostuvo que en "la Comisión Reformadora integrada por los Dres. Lorenzetti; Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, que resulta ser el antecedente directo del Código Civil y Comercial, se dijo en forma contundente que era improcedente la reparación de daños por los supuestos incumplimientos matrimoniales –ej. la fidelidad".

"La idea era no incentivar la promoción de acciones resarcitorias si algunas conductas y consecuencias podían tener adecuado cauce de juzgamiento ante el juez de familia que analice el divorcio".

"Sin embargo... lo dicho no obsta a que en determinadas situaciones si se dan los presupuestos de responsabilidad civil, como el ataque al honor, la intimidad, dignidad, integridad física o psíquica, esos daños puedan ser reparados. Entender lo contrario sería admitir un campo de inmunidad para el sujeto dañador, o en el peor de los casos, que se encuentra configurada una renuncia anticipada a la posibilidad de reclamar la reparación de los daños sufridos por quien resulte víctima de hechos lesivos ocasionados en el ámbito familiar (ver ponencia de Luis Fumarola, "El resarcimiento del daño moral en el ámbito de las relaciones familiares", ponencia en el XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, Comisión n°3, "Daños derivados de las relaciones de familia")".

"Justamente, en este caso el debate no gira sobre si existió infidelidad, falta de asistencia mutua, etc., sino de lo que se trata es de analizar los daños que el actor habría provocado a la demandada reconviniente con su accionar, y en su caso, de indemnizarlos adecuadamente. Aquí se alegó violencia doméstica ejercida por el actor contra la accionada, y que ello le provocó a esta un daño psicológico y moral". "El Código Civil y Comercial, a diferencia del Código de Vélez, consagra en forma explícita el principio de no dañar al otro, ya reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos fallos (CSJN, Fallos 308: 11767, in re "Santa Coloma, Luis F. y otros c/327: 3753, in re "Aquino c/ Cargo Servicios industriales"; etc.".

"Dice el art. 1716 CCC referido al deber de reparar que "La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme las disposiciones de este Código". El Código reconoce a la antijuricidad como el presupuesto configurativo de la responsabilidad civil en el art. 1717 cuando establece que "cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada".

"Por ello, el derecho de daños debe actuar como un medio idóneo que brinde respuestas adecuadas, conforme a un resarcimiento justo, a los menoscabos sufridos por una víctima en su esfera familiar, atendiendo particularmente a las circunstancias del caso".

"Ya lo decía Matilde Zavala de González bajo el Código derogado, al indicar que cualquier interés de una persona siempre que sea serio y digno se hará acreedor a la tutela jurídica, pues será injusto lesionarlo (Resarcimiento de daños, Hammurabi, T IV, pág.124)".

"No cabe lugar a dudas que el derecho a la dignidad, honra, estabilidad, armonía familiar, integridad física y psíquica, salud mental, integridad moral, son derechos tutelados por el ordenamiento jurídico – tanto en el bloque legislativo interno, como el supra nacional, conf. conf. art.1 y 2 CCC), por lo que merecen protección jurídica ante cualquier menoscabo que pueda afectarlos." (CAMARA CIVIL SALA H "S., J. J. c/ G., M. M.; s/ Divorcio y daños y perjuicios", Expte.80.644/2013, Juzgado 26 CCC).

Con estas aclaraciones y coincidiendo también con la medida ordenada por el vocal preopinante en el punto VIII de su propuesta, atendiendo a que debemos propiciar una jurisdicción activa que garantice la protección de derechos fundamentales, previniendo cualquier tipo de actividad dañosa como asimismo evitando su repetición en lo sucesivo, y valorando los principios rectores y facultades que proporcionan a los jueces los arts.9, 10, 1710 a 1715 entre otros el Có-

digo Civil y Comercial de la Nación, es que adhiero en un todo al voto del Dr. Gabriel Rolleri.

Así mi voto.

El doctor *Olivera* dijo:

Adhiero en lo sustancial al voto de mi distinguido colega Dr. Gabriel G. Rolleri en cuanto propone, con la ampliación de fundamentos formulada por la dra. Patricia Barbieri; solamente discrepo con lo votado con relación a los intereses.

Doy mis fundamentos.

i. Respecto a la propuesta efectuada en el punto VIII del voto preopinante, relativo a la imposición al demandado de que asista a programas de capacitación en temas de género, debo decir que concuerdo con ello en el entendimiento que, como fuera señalado por el Vocal que llevo la voz cantante en este Acuerdo, las partes de este proceso son padres de una hija que cuenta con 11 años de edad; por lo que entiendo que la asistencia a esa clase de capacitaciones cumple una función preventiva del daño (conf. arg. CCCN 1708, 1710 y cctes) para todo el grupo familiar.

ii. En referencia a los intereses, en primer lugar destaco que la escueta crítica efectuada por la actora en un renglón y medio para solicitar la modificación de la tasa de interés no alcanza el rango de una expresión de agravios audible, ya que no efectúa la crítica concreta y razonada de los fundamentos brindados por el a quo (conf. arg. cpr 265 y 266).

Sin perjuicio de ello, y a fin de dejar a salvo mi opinión sobre el tema, debo decir que en casos como el presente, donde la indemnización fue establecida en valores actuales, en la Sala G del Tribunal –que integro como Vocal titular entendemos que la tasa que debe liquidarse es la del 8% anual desde la fecha de accidente hasta el dictado de la sentencia y de allí en adelante, hasta el efectivo pago, la tasa activa establecida en el plenario "Samudio", tal como se ha hecho en la sentencia en recurso; por lo que entiendo que correspondería mantener el criterio sostenido en primera instancia.

Efectuadas estas breves digresiones, dejo sentada mi respetuosa disidencia parcial al voto preopinante.

Con lo que terminó el acto.

Buenos Aires, de septiembre de 2021.

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, en virtud de todo ello, el Tribunal *Resuelve:* 1) Hacer lugar parcialmente a las quejas vertidas por la parte actora, y en su virtud, elevar a la cantidad de $ 1.500.000 el monto concedido en concepto de daño moral y a la suma de $ 1.000.000 la suma correspondiente al daño psicológico; 2) Se computen, por mayoría, los intereses correspondientes desde la fecha establecida en el decisorio recurrido y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal actual a treinta días del Banco Nación Argentina para todos los rubros concedidos; 3) Ordenar que el Sr. B. realice, dentro del plazo de tres meses del dictado de la presente, un curso de forma presencial o virtual (atento a la situación de pandemia Covid19) de capacitación y sensibilización en género y violencia, brindado por entidad u organismo autorizado para ello, debiendo acreditar el cumplimiento y su resultado mediante la presentación de comprobante de asistencia y finalización ante el juzgado de anterior instancia, bajo apercibimiento de aplicación de una multa diaria de pesos mil ($ 1.000) que serán destinados a programas de protección contra la violencia de género de la ciudad autónoma de Buenos Aires; 4) Se confirme la sentencia de grado en todo lo demás que ha sido motivo de agravio y apelación; 5) Se impongan las costas de alzada al demandado vencido (conf. art. 68 CPCCN); 6) Se difiera la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para el momento procesal oportuno; 7) Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Por ante mí, que doy fe. Notifíquese por Secretaría y devuélvase. — *Patricia Barbieri. — Gastón M. Polo Olivera. — Gabriel G. Rolleri.*

DAÑOS POR INTOXICACIÓN CON GAS

Responsabilidad de la empresa proveedora de gas. Servicio público domiciliario. Responsabilidad objetiva. Derechos del consumidor o usuario. Relación de causalidad. Falla en los controles de habilitación del servicio. Improcedencia de la multa por daño punitivo.

1. — La empresa proveedora de gas, como proveedor de un servicio público domiciliario, posee una responsabilidad de carácter objetivo con asiento en el deber de seguridad impuesto por los arts. 5°, 6° y 40 de la Ley de Defensa del Consumidor.

2. — Las faltas antirreglamentarias en la habilitación del suministro por parte de la empresa distribuidora de gas contribuyeron causalmente a la intoxicación con monóxido de car-

bono que determinó el fallecimiento de uno de los hijos de los reclamantes.

3. — Deviene improcedente aplicar a la firma proveedora de gas la multa prevista por el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, toda vez que si bien se comprobó una falla en la habilitación y control de las instalaciones internas de la vivienda donde aconteció el siniestro, no se ha acreditado que ello se haya debido a un accionar premeditado y orquestado por parte de la firma proveedora de gas a fin de obtener un mayor rédito y/o ventaja económica o comercial que hubiera desencadenado en perjuicio de los actores.

CNCiv., sala A, 14/05/2021. - V., M. A. y otros c. Gas Natural Ban SA y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/32537/2021]

COSTAS

Se imponen a la vencida.

Expte. N° 5945/2011

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 14 de 2021.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta el doctor *Polo Olivera* dijo:

I. Vienen las presentes actuaciones, en virtud de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco del recurso de queja N° 65.945/2011/1/RH1 el día 22/12/2020, donde declaró procedente la queja y el recurso extraordinario interpuesto por la parte actora; y, en consecuencia, dejó sin efecto la sentencia dictada por la Sala J del Tribunal, con el alcance allí establecido. Finalmente, dispuso que vuelvan los autos a esta Cámara, para que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo allí decidido (fs. 1250/1253).

II. Antecedentes.

a. En fs. 137/60, M. A. V. y C. A. G., por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad M. E. G., promovieron demanda de daños y perjuicios contra Gas Natural BAN SA y P. G. B. Asimismo, solicitaron se imponga a la codemandada Gas Natural BAN SA una multa civil, conforme art. 52 bis de la ley 24.240.

Expusieron que la demanda se asentó en la intoxicación con monóxido de carbono sufrida el día 26 de abril del año 2010 en el departamento que alquilaban a la codemandada B., sito en la calle ... N° ... de la localidad de ..., partido de ..., provincia de Buenos Aires. Esa emanación tóxica ocasionó la muerte de su hijo A. J. y lesión en la salud de M. E. y de la coactora M. A. V.

Relataron que el día mencionado, aproximadamente a las 14:45 hs., la señora V. había acostado a sus hijos a dormir la siesta, y que alrededor de las 15:30 hs., aquella comenzó a sentir un malestar generalizado, momento en que advirtió que su hijo mayor M. E.—de un año y nueve meses de edad— empezó a convulsionar, mientras que el menor —A. J., de nueve meses de edad— había vomitado la mamadera de leche que había tomado antes de dormirse y presentaba signos visibles de deterioro de su salud.

Señalaron que la señora V. se dirigió junto con sus hijos al Hospital Santojanni, donde se determinó que sufrían intoxicación por inhalación de monóxido de carbono, que ocasionó el fallecimiento de A. J.

Explicaron que en el informe elaborado por la aquí codemandada Gas Natural BAN SA en el marco de la causa penal labrada con motivo del hecho fundante del reclamo, indicó que el calefón de la casa carecía de un conducto de evacuación de gases al exterior, que el lugar donde estaba emplazado lindaba con la habitación donde estaban durmiendo los menores, la cual no poseía puerta que separase ambos ambientes; y que la inexistencia del conducto de ventilación del calefón pudo ser la causa del accidente. Allí también se hizo mención que, en la unidad que alquilaban los actores, el servicio se hallaba cortado desde el día 19 de ese mismo mes y que en el sector del inmueble donde estaba ubicada la vivienda de la coaccionada P. B. se detectó una conexión de gas clandestina interna. Resaltaron que ellos no tenían conocimiento de ninguno de esos extremos, en tanto pagaban a la señora B. el importe de la factura de gas y esta se encargaba de abonar el servicio.

Además, manifestaron que las características de la unidad habitacional constituyó un factor de riesgo determinante en la ocurrencia del accidente, pues se trata de un único ambiente —por falta de puertas que dividan los espacios—, que contaba con un living que posee una ventana sobre la calle, una pequeña cocina, que contenía un calefón marca Rheen, de 18.000 calorías —estando prohibida su instalación en cocinas adyacentes a dormitorios—; un dormitorio, al que se accede por una abertura sin puerta que lo separe de la cocina, y un baño, que contaba con la única puerta divisoria de ambientes.

Adujeron que la ausencia de puertas que separen living, cocina y dormitorio, sumado a las pequeñas dimensiones del conjunto, constituyó un factor de riesgo que, sumado al calefón que carecía de salida

de gases al exterior, fue determinante en la intoxicación sufrida.

Alegaron, asimismo, que el contrato de locación del inmueble que los vinculaba a la codemandada B. fue celebrado el 1° de octubre del año 2009, y que la unidad recibía la provisión de gas natural como servicio público domiciliario de Gas Natural BAN SA, contando con un medidor especial instalado con anterioridad.

Por último, con relación a la responsabilidad de la empresa Gas Natural BAN SA, dijeron que la habilitación del suministro de gas fue mal aprobada, por cuanto el servicio de gas se suministraba en infracción, pues el predio de la calle ... es un único inmueble y por tanto debía ser conectado a la red por una única tubería de conexión; y en cambio, la empresa realizó dos conexiones, una en el número ... y otra en el número ... de la calle ..., quedando un único y mismo inmueble, conectado a la red pública mediante múltiples conexiones independientes, lo que facilitó la conexión interna clandestina.

b. Gas Natural BAN SA se presentó en autos en fs. 255/284.

En primer término, efectuó una negativa pormenorizada de los hechos alegados en la demanda.

Posteriormente reconoció el informe técnico que emitiera en ocasión de realizar la inspección del lugar del siniestro —el día 29/04/2010— por orden de la Fiscalía que instruyera la causa penal, pero manifestó que no pudo verificar el estado de las cosas al momento de la tragedia, pudiendo haber variado en relación a las existentes al realizar la inspección.

A fin de repeler la acción, sostuvo que las instalaciones internas de gas son de exclusivo resorte de los clientes y/o usuarios del servicio, no revistiendo la calidad de dueña o guardiana de las mismas; y que sus responsabilidades se basan en la conservación y mantenimiento de la red de gas natural, compuesta por la cañería que se utiliza para la prestación del servicio hasta las instalaciones del cliente, que se encuentran 0,20 m. antes de la línea municipal de edificación.

En fin, planteó que la responsable del infortunio fue la codemandada B., quien estando en conocimiento del aviso de deuda y corte del servicio por falta de pago, implementó la conexión de una cañería interna agregada a la instalación inicial, y una conexión de manguera, de modo clandestino, proveniente de la casa situada en ... N° ... —cliente N° ...—, ubicada cruzando un patio interno entre ambos inmuebles, a modo de by-pass para conectar con la vivienda situada en el N° ..., donde habitaban los accionantes. Negó cualquier tipo de intervención y/o connivencia de personal a su cargo con la señora B. para efectuar la mentada conexión clandestina.

Negó, asimismo, que la habilitación del inmueble fuera defectuosa y/o antirreglamentaria, puesto que para ello no se exigen planos municipales aprobados, bastando con que se trate de unidades funcionales independientes.

Manifestó, además, que la vivienda debió ser modificada por la propietaria con posterioridad a su habilitación, oportunidad en que no se la consideró como un ambiente único; ya que existían vanos de puerta donde se encontraban colocados los marcos, en señal de que las puertas fueron removidas a fin de optimizar el espacio.

También negó que el estado de las instalaciones internas y los artefactos de gas se correspondieran con los existentes al tiempo de la habilitación, habiendo verificado que la instalación y la toma del artefacto calefón habrían sido modificados de su posición original, ya que del lado exterior de la vivienda se observaba una llave de paso y un tramo de cañería, siendo tal variación clandestina; y que la cocina y la estufa se hallaban conectadas con mangueras antirreglamentarias.

Por último, sostuvo que a la fecha del infortunio no tenía una obligación legal de realizar controles periódicos, revisando las instalaciones, artefactos y sistemas de los usuarios; que el corte del suministro de gas se efectúa sin ingresar al inmueble, y que solo existe la obligación de inspeccionarlo en caso de una instalación nueva, modificación de la existente, y/o suministro cortado durante más de un año.

c. El pronunciamiento de grado desestimó la demanda promovida por M. A. V. y C. A. G., por sí y en representación de su hijo menor de edad M. E. G. contra Gas Natural BAN Sociedad Anónima y Mapfre Argentina de Seguros Sociedad Anónima, con costas; y la admitió con relación a P. G. B. (fs. 979/1006).

Para así decidir, en lo que aquí interesa, entendió el *a quo* que en el caso no había relación de causalidad adecuada respecto de la habilitación de la unidad funcional donde se produjo la intoxicación con monóxido de carbono base de autos y del medidor correspondiente con la actividad de la empresa distribuidora del gas, por no haberse demostrado que los artefactos que constan en la habilitación hayan provocado el accidente.

Así, juzgó que no correspondía imputar el accidente a la prestadora del servicio de provisión de gas natural, por entender que se produjo por causas origi-

nadas en una conexión de cañerías y artefactos instalados clandestina e irregularmente, en el sector interno de la vivienda, sobre las que el usuario tiene la custodia.

En fin, interpretó que las acciones u omisiones de la empresa distribuidora de gas no constituyeron causa adecuada del daño.

d. Recurrido el pronunciamiento de grado, por medio de la sentencia dictada el día 29/09/2016 (fs. 1113/1127), la Sala J de esta Cámara confirmó el rechazo de la demanda respecto de Gas Natural BAN SA, por entender que en el caso mediaba una situación de incertidumbre, que sumado a los fundamentos brindados por el primer juzgador en fs. 995, conducía a confirmar el rechazo de la demanda respecto de la firma mencionada.

III. Ante todo debe recordarse que el Juzgador no tiene la obligación de ponderar todas las pruebas colectadas en la causa, sino solo aquellas que juzgue, según su criterio, pertinentes y conducentes para resolver el caso (CSJN, fallos 274:113; 280:320, entre otros). Asimismo, tampoco tiene el deber de tratar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que estime posean relevancia para sustentar su decisión (Fallos: 258:304, 262:222; 310:267, entre otros).

Asimismo, en miras del alcance del fallo a dictar en esta instancia, debe recordarse que nuestro cimero Tribunal ha establecido que su doctrina debe ser lealmente acatada y es obligatoria salvo fundadas razones que deben ser expuestas y, por tanto, las sentencias que deciden en sentido contrario constituyen inadmisible quebrantamiento del orden institucional (conf. Fallos: 25:364; 212:51 y 160; 245:429; 252:186; 255:119; 303:1769; 307:468; 307:1096/1097; 311:1651; 312:2187; 316:221/223; 321:2295 y 323:2648, entre otros). Así, ha sostenido que, no obstante que la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas (Fallos: 307:1094).

Sentado ello, en el caso sub examen, como señalé supra, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, decidió hacer lugar a la queja presentada, y en su virtud, al recurso extraordinario interpuesto y dejó sin efecto la sentencia apelada, con costas.

Ello, con fundamento en que la instancia revisora, para eximir de responsabilidad a la empresa demandada, omitió considerar la extensión de la obligación de seguridad —y su consecuente atribución de responsabilidad— a la luz del derecho a la seguridad, previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios.

Prosiguió detallando que, conforme lo señalado en el precedente Ledesma (Fallos: 331:819), la seguridad es un valor expuesto en la norma del artículo 42 de la Constitución Nacional que debe guiar la acción de todos aquellos que realizan actividades que —directa o indirectamente— se vinculen con la vida o la salud de las personas; y que la presencia de ese valor en el texto constitucional "...es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos" (considerando 6°). Ello, con fundamento en que "...los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial..." (considerando 7°).

En base a ello, consideró que la escueta conclusión del fallo dictado por la Sala J de este Tribunal, que no hizo mérito sobre las irregularidades identificadas en el peritaje producido en la causa, así como tampoco ahondó en la responsabilidad que —en función de tales deficiencias— le podría corresponder a la empresa prestadora del servicio de gas, denota una asombrosa falta de fundamentación de la sentencia que, de tal forma, se apoya en una afirmación dogmática.

Entendió el Alto Tribunal que la situación de incertidumbre, invocada como único argumento para solventar la exoneración de responsabilidad de la empresa en el caso, debió ser acompañada de un análisis fundado, ponderando la obligación de seguridad prevista en el artículo 42 de la Constitución Nacional, los elementos de prueba reunidos en el expediente y la atribución de responsabilidad que, de manera especial y con carácter objetivo, establece el artículo 40 de la ley 24.240.

Por dichos fundamentos, hizo lugar a la queja planteada por la parte actora y al recurso extraordinario interpuesto, y dejó sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indicado.

Sentado ello, cabe señalar que, respecto de la empresa proveedora de gas, a quien se atribuye haber aprobado las instalaciones pese a las condiciones antirreglamentarias constatadas en la unidad que alquilaban los accionantes, se trata —como marcó la CSJN— de una responsabilidad de carácter objetivo con asiento en el deber de seguridad que la LDC: 5, 6 y 40 imponen al proveedor de un servicio público domiciliario.

Dicha obligación engloba los daños padecidos por las cosas riesgosas o peligrosas que utilice el deudor durante el cumplimiento de la prestación, para lo cual debe memorarse que las cosas pueden ser riesgosas tanto por su naturaleza como por las circunstancias que la tornen idóneas para producir menoscabos.

Así las cosas, a los fines de deslindar la responsabilidad, los demandados deben demostrar la existencia de una causa ajena —tendiente a fracturar el nexo causal—, sin que baste la prueba de su falta de culpa, dado que este factor resulta extraño a la imputación objetiva.

Pesa sobre aquella persona contra quien se ha dirigido la acción, la carga de acreditar que el hecho se debió a la culpa del damnificado, o de un tercero por quien no sea civilmente responsable, o que provino del casus genérico perfilado por los arts. 513 y 514 del citado cuerpo legal.

Añádase que la concurrencia y acreditación de las condiciones eximentes, deberán ser interpretadas con criterio restrictivo —siendo la prueba liberatoria fehaciente e indubitada—, toda vez que la normativa ha creado factores objetivos de atribución que deben cesar únicamente en casos excepcionales.

En conclusión, no hay duda de que en el caso resulta aplicable el régimen de defensa del consumidor consagrado por la ley 24.240 y sus modificatorias. Así como lo dispuesto por la CN 42.

La LDC 5 y 6 establece claramente que las cosas o servicios deben ser suministrados o prestados de forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no impliquen peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios de los mismos.

Es importante destacar que el derecho a la salud e integridad física forma parte sustancial del plexo normativo convencional y constitucional de nuestro ordenamiento positivo (arg. CN 75-22). En efecto, se encuentra consagrado explícitamente en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 11), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 10.3 y 12, entre otros), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. s 4 y 5) y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10), la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 19), la Convención sobre la Abolición de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 11.2 y 12.2) y la Convención de los Derechos del Niño (art. 24).

Estas normativas, así como el texto expreso de la Constitución Nacional en su artículo 42, importa una garantía en la protección de la salud e integridad física de los consumidores y usuarios, en su condición de sujetos particularmente vulnerables frente al riesgo de empresa, cuya tutela se ha abrazado desde la Ley Fundamental.

Asimismo, el artículo 40 de la misma normativa prevé el factor de atribución objetivo y la responsabilidad solidaria en caso de producción de daños al consumidor por vicio o riesgo de la cosa o de la prestación de servicio, pudiendo liberarse el proveedor solo en caso de demostrar que la causa del daño le ha sido ajena.

Presentado el marco jurídico en el que se evaluará la cuestión, cuadra avanzar con el análisis de la prueba rendida en autos.

Como señaló el juez de grado, del informe técnico emitido por Gas Natural BAN SA en el marco de la causa penal, surge que constataron la existencia de un artefacto cocina, con una potencia aproximada de 9.000 kcal/h.; un calefón, con una potencia aproximada de 18.000 kcal/h., ambos ubicados en el ambiente destinado a cocina, y una estufa, con una potencia aproximada de 2.500 kcal/h., ubicada en el lugar destinado a estar/comedor (fs. 94 de la causa penal).

Allí se asentó: "...Según expresa la madre de los menores, el accidente se habría producido cuando los hijos del matrimonio estaban durmiendo la siesta en el dormitorio. El calefón de la casa, que —según mencionan sus habitantes—, había sido utilizado para bañarse en horas de la mañana, habría producido una acumulación de monóxido de carbono en la habitación contigua, dado que se encuentra sin conducto de evacuación de gases al exterior y lindero con ella (sin contar, además, con puerta que delimite ambos ambientes). Resulta oportuno mencionar que el domicilio afectado (...) se encontraba con el servicio de gas suspendido por falta de pago desde el 19/04/2010 (Fig. N° 1 —donde se observa en su parte inferior izquierda el cepo de cierre—) y que, no obstante ello, en la visita se verificó que existía una conexión de cañería interna no autorizada proveniente de la casa lindera (... N° ... —cliente N° ...— Fig. N° 1 y 2) y se intimó mediante Form. 1022 a dar intervención a un gasista matriculado para desvincular definitivamente tal cañería y acondicionar las instalaciones de gas de ambas viviendas".

Como observaciones antirreglamentarias se registró: 1°, que el artefacto calefón carecía de conducto de

ventilación, aclarando que si bien el faltante del conducto pudo ser el factor determinante del accidente, se observó que la toma del artefacto fue modificada de su posición original que habría sido del lado exterior de la vivienda donde hay una llave de paso y un tramo de cañería; y 2°, que había conexiones de artefactos no aprobadas, aclarando que tanto la estufa —ubicada en el estar/comedor— como la cocina se encontraban conectadas mediante una manguera (fs. 95 del expediente seguido ante la justicia represiva).

En estas actuaciones, en fs. 829/845 se encuentra el dictamen pericial elevado en estas actuaciones por el ingeniero civil Marcelo Oscar Morales.

Este experto describió que el inmueble que locaban los actores se encontraba dentro de un fundo sin subdividir, que contiene tres unidades funcionales (de las cuales una no tenía conexión de gas) y un galpón. Dijo que, al estar sin subdividir, se trata de una sola propiedad, cuya numeración corresponde a la altura catastral ... de la calle ... Por ello, planteó que debería poseer un solo medidor de gas (fs. 831).

Al responder la impugnación de la firma codemandada indicó que, en la propiedad, debería entrar una sola cañería de gas; y si son varias unidades funcionales colocarse diversos medidores a dicha cañería de entrada, pero no dos medidores con entrada directa desde la calle, como aconteció en autos (fs. 865 vta./866).

Con relación a los requisitos para acceder al suministro de gas domiciliario, detalló que se debe acreditar ser propietario, inquilino u ocupante de la vivienda donde se realizará la conexión, la que debe tener numeración legible y copia del DNI del futuro titular. Además, el solicitante debe presentar un certificado de finalización de obra expedido por un profesional matriculado y solicitar una inspección de final de obra; y recién una vez aprobada la inspección se coloca el medidor.

Explicó que la codemandada Gas Natural BAN SA había instalado dos medidores de gas, en las alturas catastrales ... y ..., pero que le resultaba llamativo que haya dos numeraciones, siendo que la propiedad no está subdividida (fs. 830 vta.).

En el N° ..., correspondiente a la unidad funcional N° 1 que ocupaban los demandantes, se encontraba el medidor N° 6208635, proporcionado al cliente N° .../8, cuya titular era S. J. G. (conf. factura fs. 237); y en el N° ... el medidor N° 34133474, correspondiente al cliente N° .../0, cuya titular era la coaccionada B. (conf. factura fs. 245), que alimentaba la unidad funcional N° 3, donde esta vivía (fs. 831 y vta.).

Señaló el perito que el plano presentado por la empresa de Gas en fs. 217 se corresponde con la unidad funcional N° 3, en la que vive la coaccionada B., correspondiente al medidor instalado en el N° ... (fs. 832).

Con relación al expediente iniciado por el pedido de servicio de la señora B. (fs. 210/226), marcó que, si bien refiere a la numeración ..., esa unidad funcional posee el número ... Ello es coincidente con la facturación adjuntada en autos por la empresa de gas (fs. 831 vta. y 832 vta.) y documental glosada en fs. 209 —consulta de histórico de modificaciones de clientes—, donde surge que en fecha 05/02/2001 se modificó el número de finca de ... a ...

Asimismo, indicó que el certificado de finalización de obra de dicho expediente (fs. 215/216) no posee fecha y en el reverso falta la firma del inspector de la empresa (fs. 832 vta. cuarto párrafo).

En base a ello, sostuvo que el único expediente de habilitación presentado en autos por la empresa prestataria de gas si bien refiere al N° ..., actualmente es el N° ...; por lo que con relación a la unidad donde aconteció el siniestro, identificada con el número ..., no existe croquis, memoria, cálculos, certificados, inspecciones, controles, etc.; pero que sin embargo al momento del incidente dañoso existía un medidor instalado por Gas Natural BAN SA (cuya facturación acompañó la empresa en fs. 237/244), que fue retirado luego del hecho base de estas actuaciones (fs. 831 vta. última parte).

Además, exteriorizó que en el expediente de habilitación supra referido, correspondiente a la actual identificación catastral ..., existen documentos que no poseen fecha y presentan información faltante (fs. 832 segundo párrafo).

Respecto a la unidad correspondiente a la numeración ..., dijo que poseía el medidor N° 6208635, pero que en autos la empresa de gas no proveyó información sobre cuando instaló ese medidor, sino solamente facturas de consumo. En base a ello, asumió que la prestataria en algún momento tuvo que haber realizado la visita del lugar previo a habilitar la conexión del mentado medidor (fs. 832 anteúltimo párrafo).

Sobre este extremo, a fs. 833 vta. punto 6° dijo: "De acuerdo a las facturas de fs. 237 y fs. 245 al momento del accidente (26/04/2010) se habían instalado dos medidores, en el domicilio de la calle ... el medidor N° 6208635 y en el domicilio de la calle ... el medidor N° 34133474. Ninguno de estos dos medidores fue debidamente habilitado, según lo que surge de las constancias de autos, habida cuenta de que no existe constancia documental alguna de su instalación y ha-

bilitación. De acuerdo al expediente N° 283136, que obra a fs. 210/227, con fecha 06/10/1999, se instaló el medidor N° ... (ver fs. 215 vuelta), correspondiente a la calle ..., debiéndose destacar como irregularidad en el trámite la falta de identificación del instalador y del inspector que revisó las instalaciones, lo que hace dudoso que esas diligencias se hayan cumplido. Como conclusión de lo expuesto, deben inferirse que, el medidor N° ..., instalado el 06/10/1999 fue retirado en fecha que no puede precisarse pero que está ubicada entre 06/10/1999 y el 26/04/2010, fecha del accidente, y que, en su lugar se instalaron dos medidores nuevos, el medidor N° ... y el medidor N° ... oportunidad en que se omitió la inspección integral de las instalaciones internas, las cuales no estaban en regla, presentando graves riesgos para la salud de los ocupantes".

Al evacuar el punto pericial 5° de la parte actora, con relación a las irregularidades que poseía la unidad que alquilaban los actores a la fecha del accidente; detalló que, a pesar de la divisiones, la unidad funcional N° 1 debe considerarse como un monoambiente, dado que las aberturas que separan el dormitorio de la cocina y la cocina del living no poseen puertas, por lo que a nivel de circulación de aire y de gases de combustión funciona como un ambiente único, ya que el aire se contiene en todos a la vez.

Por ello, sostuvo que, considerando que en el ambiente medio (cocina), había un artefacto cocina y un calefón, y en el living comedor una estufa de tiro natural, al ser su conjunto un único recinto, se configura una irregularidad de mayor relevancia; ya que según la NAG-200 —que establece las disposiciones de la instalación interna de una vivienda— dispone que solo pueden instalarse en dormitorios artefactos del tipo tiro balanceado, es decir con salida al exterior.

Asimismo, indicó que el calefón no tenía llave de paso de cierre en el ambiente, lo que indica que si se apagaba, perdía gas por el tiempo que demande acceder a la llave del medidor; y que carecía de cañería de salida de gases conectada a su parte superior, es decir, que violaba toda regla ya que un calefón con el consumo calórico que tiene, consume el oxígeno en poco tiempo y lo cambia por monóxido de carbono, por lo que si no tiene salida de gases al exterior, queda en el ambiente. Señaló, además, la ausencia de rejillas de ventilación inferior, necesaria para evitar falta de oxígeno por combustión.

También refirió que el artefacto cocina contaba varias infracciones, entre las que enumeró: que se encontraba cerca de una ventana, lo que está prohibido, ya que, al no poseer termo cupla, el gas si se apaga sigue saliendo; que la llave de paso estaba a menos de 40 cm del plafón de la cocina, lo cual es antirreglamentario; y que no había —al momento del siniestro— rejillas de ventilación, ni superior, ni inferior, lo cual se exige por reglamentación.

Aparte, respecto a la estufa —que era de tiro natural— indicó que debería ser de tiro balanceado con salida; sino debía tener sendas rejillas inferior y superior para circulación de aire y evacuación de gases, que no había al momento del siniestro.

Al responder el punto pericial N° 13 de la actora, relativo a la conexión clandestina de gas, expuso que en el informe presentado por la codemandada Gas Natural BAN SA en la causa penal, se menciona una conexión clandestina que partía del medidor del N° ... a la unidad que ocupaban los demandantes. Al respecto, planteo que si bien al momento de la inspección no pudo ser verificada, es viable y posible realizar una conexión de ese tipo, pero que no podía dar mayores precisiones por no contar con fotos claras de dicha conexión.

Por otra parte, detalló que, en el caso de la unidad de los actores, las cañerías que comunicaban la unidad con el medidor no cumplían con la reglamentación vigente, ya que estaba pegado al suelo, con el consiguiente riesgo mecánico y de oxidación por humedad continua (fs. 834 vta., pto. 14).

Finalmente, dictaminó que la instalación de la UF N° 1 resultaba totalmente peligrosa para sus moradores, por la gran cantidad de falencias señaladas (fs. 835. pto. 16).

Cabe destacar, asimismo, que el perito indicó que si la prestataria colocó un medidor en base al diseño original del N° 1.325, ante un aumento de consumo, por arriba de ciertos valores, tendría que notar el aumento de demanda, ya que se corre el riesgo que el regulador de gas y el medidor queden subdimensionados y trabajen forzados. Explicó que en esas situaciones las distribuidoras deben comprobar el estado de las cañerías internas e intimar al cliente a realizar el cambio de medidor —en cuanto al volumen a medir— y a la actualización de los datos de la instalación interna (v. fs. 833, párrafos noveno y décimo).

Al responder los puntos periciales propuestos por la codemandada Gas Natural BAN SA y su aseguradora, entre otras cosas dijo: "Si nos guiamos por la reglamentación, la instalación interna (de la UF N° 1) es completamente antirreglamentaria, pero por lo observado, posee varios años de servicio, con medidor instalado, lo que hace pensar que algo, en la cadena de control falló, y se instaló un medidor, en una instalación que no reunía los requisitos para poseer medidor" (fs. 835 vta., primer párrafo).

El referido informe recibió el pedido de aclaraciones de la parte actora en fs. 849/850, contestadas por el profesional en fs. 859/861; y la impugnación de la codemandada Gas Natural BAN SA y su aseguradora en fs. 853/855 —con la argüida asistencia de consultor técnico, pues, cabe destacar que el profesional no suscribió la presentación—, que el experto respondió en fs. 864/868.

La demandada insistió con sus impugnaciones en fs. 870/871 y en fs. 873/874.

Es dable mencionar que se ha resuelto, con criterio que comparto, que la valoración de la prueba pericial debe realizarse conforme las pautas generales del cpr. 386, y con las especificaciones dadas por el cpr. 477 —norma cuyo contenido concreta las reglas de la "sana crítica" en referencia a la prueba pericial— (CNCom., D, 11/07/2003, "Gómez, Elisa N. c. HSBC La Buenos Aires Seguros SA y otro s/ ordinario").

Esta consideración predica que "la sana crítica aconseja (frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor peso) aceptar las conclusiones del perito, no pudiendo el sentenciante apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo; extremo que le estará permitido si se basa en argumentos objetivos que demuestren que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos y máximas de experiencia, o que existan en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar convicción sobre los hechos controvertidos" (CNCom., Sala B, 30/09/2004, "Gráfica Valero SA s/ conc. prev. s/ verificación por González, Oscar"; íd. en igual sentido: "Luvelo y Cía. SA c. Excel SA s/ ord.").

En base a las pautas referidas precedentemente, considero que las conclusiones arribadas por el perito de oficio a través de su dictamen pericial deben ser admitidas habida cuenta de su concordancia con las reglas de la sana crítica (conf. cpr. 386 y 477) y de las que no hallo motivos para apartarme.

Frente a este panorama de tamaña cantidad de infracciones en la instalación de gas de la unidad donde aconteció la intoxicación con monóxido de carbono, cuadra efectuar algunas breves precisiones acerca de la relación de causalidad, elemento esencial de la responsabilidad civil.

En primer término, he de destacar que en la intoxicación invocada en la demanda y su luctuoso desenlace han contribuido más de una causa, que aportaron condiciones necesarias para su producción.

Así concebida la cuestión, puede afirmarse que, si bien la causa es siempre una condición del daño, no toda condición es causa (Pizarro, Ramón D.-Vallespinos, Carlos G., Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones, T. 3, ed. Hammurabi, p. 96).

A tal fin, debe analizarse la causalidad a la luz del criterio adoptado por el ordenamiento jurídico nacional, es decir, la relación de causalidad adecuada. La síntesis simple de las directivas de esta teoría es que un hecho es causa de otro cuando puede preverse que el primero incrementará significativamente la probabilidad de ocurrencia del segundo (Acciarri, Hugo A., La relación de causalidad y las funciones del derecho de daños, Abeledo-Perrot, p. 96). Por lo tanto, es considerado responsable quien introdujo la condición que, luego de sortear el tamiz de un juicio de adecuación o cálculo de probabilidad efectuado ex post facto, se constata que fue la que acrecentó la probabilidad de acaecimiento del evento dañoso.

Este juicio de probabilidad, también llamado prognosis póstuma, implica un proceso de abstracción y generalización que da relevancia a una de las condiciones en el caso concreto, elevándola a la categoría de causa del resultado. O sea, tiene por objeto establecer la vinculación de causa a efecto entre dos sucesos, y supone analizar si la acción u omisión que se juzga era per se apta o adecuada para provocar normalmente la consecuencia acaecida, atendiendo a lo que indica la experiencia diaria; es decir, tiene que ser idónea para producir el efecto operado, determinarlo normalmente (Goldenberg, Isidoro H., La relación de causalidad en la responsabilidad civil, LA LEY, ps. 23/24).

Además, es menester retrotraerse al momento de la producción del hecho generador; esto permitirá apreciar cuáles eran las consecuencias previsibles por aquel entonces (Alterini, Atilio Aníbal, Responsabilidad civil. Límites de la reparación, Abeledo-Perrot, p. 161). En otras palabras, este procedimiento determina ex post facto la viabilidad de un resultado en virtud de las condiciones que le precedieron (Goldenberg, ob. cit., p. 24).

Este procedimiento permite cumplir acabadamente con una de las funciones de la relación de causalidad, esto es, determinar la autoría del daño. En otras palabras, sirve para establecer cuándo un resultado nocivo es atribuible a la acción u omisión de un sujeto, comprendiendo también el perjuicio ocasionado por aquel por quien debe civilmente responder, o bien por una cosa que detenta en calidad de dueño o guardián (Calvo Costa, Derecho de las obligaciones-Derecho de daños, T. 2, Hammurabi, p. 252).

Se distinguirán los resultados azarosos de los cursos causales regulares (López Mesa, Marcelo - Pasarín, Carolina en Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil,

LA LEY, p. 396), posibilitando la individualización de quien debe responder.

En efecto, para investigar cuál es la causa de un determinado resultado habrá que examinar si, suprimido uno de los factores concurrentes, el daño no se habría producido.

Sentado ello, y volviendo al análisis del caso, debe tenerse presente que las faltas antirreglamentarias detectadas en la habilitación del suministro de gas del departamento locado por los actores no son irrelevantes, sino que contribuyeron causalmente a la producción del resultado.

Conforme el informe elevado por la empresa proveedora de gas aquí demandada en las actuaciones labradas ante el fuero represivo, la deficiente y antirreglamentaria instalación del calefón fue la causante de la intoxicación con monóxido de carbono padecida por los hijos de los reclamantes, que determinó el fallecimiento del menor de ellos.

En base a la prueba rendida, más allá de que a la fecha del suceso que dio origen a estas actuaciones la empresa proveedora de gas alegue que el suministro se encontraba cortado por falta de pago y que la unidad de los actores se proveyó del servicio de gas natural por medio de una conexión llevada a cabo de manera clandestina, desde la entrada de gas del medidor correspondiente a la unidad de la coaccionada B.; el factor determinante en la intoxicación sufrida por los damnificados no fue producto directo de dicha conexión clandestina, sino por los vicios propios de la instalación de gas de la vivienda que habitaban los pretensores. Ello, sin dejar de considerar que tal clandestinidad pudo ser condición suficiente de toda la precariedad de la instalación deficiente.

En el caso, si bien la conexión clandestina operó como concausa, lo cierto y que para mí es el quid de la cuestión, es que el corte de suministro no obedeció a la constatación de una de las tantas infracciones identificadas por el perito, sino que lo fue por una circunstancia azarosa, como ser la falta de pago.

Así las cosas, como dije, no puede dejar de contemplarse que la causa de la intoxicación por monóxido de carbono fue la deficiente instalación del servicio de gas de la unidad, señalada en extenso por el perito nominado en la causa; y no propiamente la conexión clandestina.

Es que, como señaló el experto, la empresa codemandada no ha aportado en estas actuaciones prueba conducente tendiente a acreditar que las instalaciones internas habían sido modificadas luego de la habilitación, ya que ni siquiera aportó la documental que motivó la colocación del medidor de gas y documental que avale el suministro; dado que, como quedó dicho al referenciar la pericia de ingeniería rendida en autos, el profesional destacó que el expediente y planos acompañados se corresponden con la unidad identificada y facturada con el número ..., no contándose en autos con documentación referida a la unidad funcional que alquilaban los pretensores, facturada al número ... Asimismo, en dicho expediente se menciona un número de medidor que no es ninguno de los identificados en la causa penal al momento del hecho dañoso.

Por lo expuesto, si tenemos en cuenta que, para proveer el servicio de gas domiciliario con el consiguiente medidor, la proveedora en algún momento debió haber inspeccionado la unidad en cuestión y habilitar la instalación llevada a cabo; la falta de prueba del alegado cambio de las instalaciones internas en forma posterior a su autorización resulta determinante. Dicha prueba estaba en cabeza de la firma proveedora de gas natural, como acreditación del eximente de la responsabilidad objetiva derivada de la relación de consumo habida en la especie.

La falta de acreditación de dicho extremo —planteado como defensa en la contestación de demanda— apreciado bajo el prisma del deber de seguridad que sobre la firma codemandada pesaba —que en las condiciones descriptas ha sido notoriamente incumplido—, exterioriza la responsabilidad que en la ocurrencia del evento dañoso le cupo a la empresa proveedora de gas, quien con sus faltas ha contribuido causalmente en la producción de la intoxicación con monóxido de carbono de los hijos de los actores, que concluyó con el lamentable fallecimiento del menor de ellos.

Máxime ello si, como sostuvo el perito en fs. 833, la empresa bien pudo detectar mediante un sistema de control diligente, la conexión interna clandestina, ante las fluctuaciones de consumo de ambos medidores, advirtiendo que cuando el consumo en uno bajaba (sea por una merma de uso y/o corte de suministro) en el restante se acrecentaba. Nótese al respecto que, en las facturas de consumo acompañadas por la citada en garantía al contestar demanda, puntualmente en las glosadas en fs. 243/247, en el gráfico de consumo del año anterior se percibe claramente esas fluctuaciones. La unidad correspondiente a la codemandada B. no registra consumo en los períodos 1/2009, 2/2009, 3/2009, 1/2010 y 2/2010, pero en los períodos 4/2009, 5/2009, 6/2009 y 3/2010 registra 265 m3, 280 m3, 118 m3 y 151 m3, respectivamente. Este es un dato indiciario que no debió pasar por alto (v. fs. 833, décimo párrafo).

En este marco de situación, la responsabilidad de la empresa demandada radica en haber habilitado la obra de gas con tales deficiencias; que, sumado a una falta de control apropiada, se ha erigido en una concausa adecuada de la producción del evento luctuoso.

La empresa distribuidora del servicio de gas, como afirmó nuestro Alto Tribunal, queda aprehendida en las disposiciones de la ley 24.240 y sus modificatorias.

Desde esta perspectiva, aun cuando es lógico que la empresa no se encuentre obligada a comprobar y remediar el mal funcionamiento de los artefactos ubicados en el interior de los departamentos y menos aún de verificar su vetustez, limpieza y condiciones de uso —deberes que son de exclusivo resorte de los usuarios o, como en el caso, del propietario— sí está llamada a responder si aprobó una instalación antirreglamentaria, pues queda en evidencia que autorizó una habilitación que no reunía los requisitos de seguridad exigidos para una adecuada evacuación de gases y el correspondiente aporte de aire a las unidades funcionales (conf. CNCiv., Sala M, "Orrego, Liria E. y otros c. Piedrabuena, Laura V. y otros s/ daños y perjuicios", del 31/07/2018).

Por lo expuesto, con sustento en los argumentos mencionados y en lo resuelto por la CSJN, propongo al Acuerdo mantener lo decidido en el pronunciamiento de la Sala J de esta Alzada en todo lo que no fuera materia del recurso extraordinario, a cuyos términos me remito en honor a la brevedad, y condenar solidariamente con la señora Bacci a la codemandada Gas Natural BAN SA (conf. LDC:40), con costas de ambas instancias (conf. cpr 68).

IV. Zanjada la cuestión precedente, corresponde ahora entender sobre la imposición de la multa civil requerida en la demanda en los términos de la LDC:52 bis y de la extensión de la condena a la citada en garantía, quien al contestar demanda denunció una franquicia de U$S 25.000 a cargo de la asegurada.

a. Daño Punitivo.

El daño punitivo se ha conceptualizado como una sanción civil que consiste en la condena al pago de una suma de dinero, a un dañador calificado y al margen de la indemnización reparatoria del perjuicio.

Así, se ha entendido como la suma de dinero que los tribunales mandan pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que estén destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (Pizarro, Ramón, Daños Punitivos, en Derecho de Daños, Segunda Parte, La Rocca, Bs. As., 1993, p. 291; Picasso-Vázquez Ferreyra, Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada, LA LEY, T. I, ps. 593/641).

En efecto, cabe marcar que uno de los supuestos en que se ha considerado que corresponde su aplicación es cuando se evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva. Además, en relación con la descripción de los supuestos de hecho del instituto en estudio, no puede soslayarse que el art. 52 bis de la ley 24.240 debe interpretarse junto con el art. 8 bis del mismo cuerpo legal, que hace referencia a conductas o prácticas abusivas (subjetivas) del proveedor que transgreden el deber de trato digno al consumidor o usuario, colocándolo en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. Y ambos a la luz del art. 42 de la Constitución Nacional (conf. CCiv., Sala G, "Pereira Da Silva, Maite Y. c. Urbanizaciones del Pilar SA y otros s/ daños y perjuicios", Expte. N° 48.609/2013, del 15/03/2018 y sus citas jurisprudenciales).

Así, los daños punitivos "tienen un propósito netamente sancionatorio, y revisten particular trascendencia en aquellos casos en los que el responsable causó el perjuicio a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva superaría el valor que debería eventualmente desembolsar para repararlo (conf. Farina, Defensa del Consumidor y del Usuario, p. 566).

Esta multa civil, prevista en la LDC: 52 bis tiene pues un objetivo tanto sancionatorio como disuasivo, en la inteligencia de incrementar los "costos" de un actuar abusivo por parte del proveedor para inhibir los beneficios que tal conducta pudiere generar, con el fin de enervar su sistematización.

Por ello, debe existir una conducta especialmente grave o reprobable del dañador, caracterizada por la existencia de dolo o una grosera negligencia, de cuya consecuencia emane un daño efectivamente sufrido por la víctima (Lorenzetti, Ricardo, "Consumidores", p. 59, 2° Ed. Actualizada, Rubinzal-Culzoni).

Desde esta perspectiva, para la aplicación de la multa por este concepto prima un criterio restrictivo, pues, se trata de un instituto de excepción; en el cual la sanción no está prevista como una consecuencia necesaria de cualquier incumplimiento, sino que es facultativa del juez y dependerá de cada caso particular (conf. esta Sala, *in re* "Tapia Araya, Joseu N. E. E. c. Starbucks Coffee Argentina SRL s/ daños y perjuicios", Exp. N° 39.889/2016, del 05/12/2018).

Analizado bajo tales parámetros, entiendo que, en la especie, no se encuentran configurados los presupuestos para imponer a la firma proveedora de gas

una multa por este concepto. Es que, si bien en este caso concreto se comprobó una falla en la habilitación y control de las instalaciones internas de la vivienda donde aconteció el siniestro, no se ha acreditado que ello se haya debido a un accionar premeditado y orquestado por parte de la firma proveedora de gas a fin de obtener un mayor rédito y/o ventaja económica o comercial que hubiera desencadenado en perjuicio de los actores; sino que —en base a la prueba producida— cabe inferir que se trató de un hecho aislado, por lo que no encuentro reunido los requisitos para imponer la multa prevista por la LDC: 52 bis.

Por los fundamentos expuestos, postulo al Acuerdo desestimar la petición introducida por la actora en el escrito de inicio, consistente en la imposición de una multa civil a la firma codemandada Gas Natural BAN SA.

b. Franquicia.

La citada en garantía Mapfre Argentina Seguros Sociedad Anónima, al contestar demanda, reconoció la relación asegurativa que la unía con la codemandada Gas Natural BAN SA, mediante póliza Nro. ..., y denunció que preveía una franquicia a cargo del asegurado de U$S25.000 (fs. 428 vta.).

La parte actora en fs. 437/440 desconoció la póliza mencionada y, por los fundamentos allí brindados, solicitó que se declare inoponible a su parte la franquicia denunciada.

Con la pericia contable producida en fs. 663/668 se encuentra acreditada la franquicia invocada por la citada en garantía (conf. fs. 664, pto. 5).

Así planteada la cuestión, considero preciso rememorar algunos de los fundamentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Flores, Lorena R. c. Giménez, Marcelino O. y otro s/ daños y perjuicios" (Fallos: 340:765), precedente que, si bien giró en torno a la oponibilidad del límite de cobertura, contiene robustos fundamentos plenamente aplicables en la especie.

En fin, revisando una sentencia de la Sala K en la que se declaró inoponible a la damnificada el límite de cobertura opuesto por la citada en garantía y se dijo que ello no obstaba al derecho de reintegro o repetición por parte de la aseguradora frente al asegurado, el Máximo Tribunal en primer término destacó que "la función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca" (consid. 6°). Es que "sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños padecidos por las víctimas constituye un principio constitucional que debe ser tutelado y que esta 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 (artículos 957, 959 y 1021 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), pues los damnificados revisten la condición de terceros frente a aquellos que no participaron de su realización, por lo que, si pretenden invocarlo, deben circunscribirse a sus términos (artículo 1022 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) (consid. 9°)".

Como derivación de lo apuntado, se afirmó que "la relación legal que vincula a la víctima con la aseguradora es independiente de aquella que se entabla entre esta y el asegurado, enlazadas únicamente por el sistema instituido por la ley 17.418 (artículo 118 citado). Ambas obligaciones poseen distintos sujetos —no son los mismos acreedores y los deudores en una y otra obligación— tienen distinta causa —en una la ley, en la otra el contrato— y, demás, distinto objeto —en una la de reparar el daño, en la otra garantizar la indemnidad del asegurado—, en la medida del seguro" (consid. 12°), motivo por el cual el Tribunal remató categóricamente que "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 y, por tanto, no puede ser el objeto de una obligación civil" (ídem).

Entiendo que dichos fundamentos dados por nuestro Alto Tribunal en el precedente citado resultan aplicables en este caso.

Asimismo, encuentro que disímil temperamento podría fracturar la ecuación económico-financiera del contrato en detrimento del sistema mismo de seguros y cálculo de riesgo.

Por ende, propongo al Acuerdo rechazar el planteo de la parte actora, y hacer extensiva la condena a la citada en garantía Mapfre Argentina Seguros Sociedad Anónima en la medida del seguro.

V. En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, propongo al Acuerdo: I. Modificar el decisorio de grado y condenar solidariamente con la coaccionada B. a la codemandada Gas Natural BAN SA, con costas de ambas instancias (conf. cpr 68). II. Desestimar la petición de la actora consistente en la imposición de una multa civil a la firma codemandada Gas Natural BAN SA. III. Hacer extensiva la condena a la citada en garantía Mapfre Argentina Seguros Sociedad Anónima en la medida del seguro. IV. Mantener lo demás decidido en el pronunciamiento de la Sala J de esta

Alzada en todo lo que no fuera materia del recurso extraordinario.

Así lo voto.

La doctora *Barbieri* dijo:

Aunque no con todos los fundamentos, adhiero en el caso a la solución propiciada por el colega preopinante.

Así mi voto.

El doctor *Rolleri* dijo:

Adhiero, en este especial caso, a la solución propuesta por el distinguido vocal preopinante en todo en cuanto propone, aunque no con todos sus fundamentos.

Tal mi voto.

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: I. Modificar el decisorio de grado y condenar solidariamente con la coaccionada Bacci a la codemandada Gas Natural BAN SA, con costas de ambas instancias (conf. cpr 68). II. Desestimar la petición de la actora consistente en la imposición de una multa civil a la firma codemandada Gas Natural BAN SA. III. Hacer extensiva la condena a la citada en garantía Mapfre Argentina Seguros Sociedad Anónima en la medida del seguro. IV. Mantener lo demás decidido en el pronunciamiento de la Sala J de esta Alzada en todo lo que no fuera materia del recurso extraordinario. V. Diferir la regulación de honorarios profesionales hasta tanto sean fijados los correspondientes a la instancia de grado. Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo del Cód. Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Por ante mí, que doy fe. Notifíquese por Secretaría y devuélvase. — *Gastón M. Polo Olivera. — Patricia Barbieri. — Gabriel G. Rolleri.*

ACCIDENTE DE TRÁNSITO. COSA INERTE

Motociclista que colisiona con unos tambores que servían de señalización en la remodelación de la ruta. Cosa riesgosa. Incumplimiento de las medidas de seguridad. Falta de actividad probatoria de las demandadas.

1. — Existe responsabilidad objetiva de las demandadas, pues se acreditó que la señalización de la construcción de la ruta era por demás deficiente lo que evidentemente tornaba más riesgosa la obra en horarios nocturno, por ser un lugar carente de iluminación artificial. Estaban solo los tanques contra los que termina colisionando el actor, cuyas pinturas no se correspondían con las exigidas por la reglamentación y, además, carecían de la iluminación también exigida por esta, es entonces plenamente de aplicación al caso la regla de responsabilidad objetiva art. 1113, segundo párrafo, segunda parte del entonces vigente Código Civil correspondiendo a las accionadas probar la culpa de la víctima o de un tercero, con una entidad tal que permita fracturar -total o parcialmente- el nexo causal.

2. — Más allá de la intervención de la cosa inerte (tambor) y los defectos que la misma presentaba para el fin dado (irregular ubicación y ausencia de pintura reglamentaria), resulta en el caso causa adecuada del daño el incumplimiento de las medidas de seguridad que debieron haberse implementado para alertar a quienes transitan sobre los obstáculos o inconvenientes con los que se podían encontrarse al circular por la ruta en tales condiciones.

3. — Aparece manifiesta la responsabilidad por omisión de la demandada, quien tenía a su cargo el cuidado, mantenimiento y conservación del camino y, por consiguiente, debía adoptar las elementales medidas de precaución para advertir eficazmente a los transeúntes el estado peligroso de la ruta. En este orden de ideas, se ha señalado que el uso y goce de los bienes del dominio público por parte de los particulares importa para el Estado —considerado *lato sensu*— la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos, de ahí que la demandada debió adoptar las medidas de seguridad destinadas a prevenir a los usuarios sobre las peligrosas condiciones de emplazamiento que pudieran presentar.

4. — Cabe destacar la ausencia de toda actividad probatoria tendiente a acreditar el cumplimiento de las medidas de seguridad por parte de las demandadas, pues siendo quienes colocaron los tambores y tenían a su cargo la señalización y demás medidas de seguridad inherentes a la obra encomendada por el Estado Nacional, ni siquiera dieron su versión respecto de las características de los tambores, así como su ubicación, cartelería, iluminación, vallado y demás medidas de seguridad.

5. — No son otras más que las demandadas las que se encontraban en mejores condiciones de es-

clarecer en concreto al tribunal sobre el estado de la ruta y las medidas de seguridad adoptadas, así como obviamente luego probar ello; al no haber dicho ni probado al respecto, debe estarse necesariamente a la versión dada por el actor, reafirmado además por el testimonio de su hermana en sede penal y civil.

6. — Si bien las demandadas alegaron que el actor circulaba a exceso de velocidad y sin luces por la ruta, ello no se acreditó. Menos aún que cualquiera de estas dos infracciones a las reglas de tránsito hubiese podido evitar la colisión producida por la aparición de imprevisto en la calzada de tambores que carecían de pintura luminiscente o refractaria, así como de cualquier tipo de iluminación artificial y señalización en el lugar que le hubieran permitido al motociclista adoptar adecuadas acciones para evitar el accidente.

7. — Si bien en muchos casos se han resuelto accidentes como este considerándolo "hecho de las cosas" —por caso el tambor con el que chocó—, en mi opinión, es más adecuada su visualización como actividad. Es que no se trató solo del tambor como causa adecuada del daño, sino todo el escenario de la obra o ruta en reparación; esto es, implementos inadecuados o ausentes (cartelería, vallas, iluminación, etc.), a veces también participan maquinarias, y regularmente siempre —como en el presente— el factor humano sea por acción u omisión (responsables de la seguridad de la obra, banderilleros, etc.).

CCiv., Com. y Minería, General Roca, 11/08/2021. - Sanhueza, Josué c. CN Sapag SA y otros.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/123974/2021]

COSTAS

Las costas de ambas instancias se imponen a las demandadas y aseguradora citada en garantía.

Expediente A-2RO-1423-C2018

2ª Instancia.- General Roca, agosto 11 de 2021.

El doctor *Martínez* dijo:

1.- Llegan los autos al acuerdo a los efectos de resolver recurso de apelación interpuesto por la actora contra la Sentencia de primera instancia de fecha 30 de noviembre de 2020. El escrito de expresión de agravios cuyo traslado no fuera evacuado, en documento digital ha sido incorporado al SEON.

2.- Versa sobre la reclamación de daños y perjuicios derivadas de las graves lesiones producidas en el actor el día de febrero de 2016 —aproximadamente a las 22:15 hs.— al chocar cuando circulaba —junto con su hermana— en su motocicleta, contra un tambor de chapa de 200 litros ubicado antirreglamentariamente para señalizar la ruta nacional 22, en el tramo entre las localidades de Godoy e Ingeniero Huergo.

La demanda se rechazó íntegramente sosteniendo la juzgadora que 'el actor no ha logrado acreditar los presupuestos de la responsabilidad que ha atribuido a la demandada y en cuanto al carácter riesgoso o vicioso de la cosa —tambor, individualizándolo concretamente y objetivando su riesgo o vicio (su posición anormal, sin medidas de seguridad)—'.

3.1.- Actor en su primer agravio trata lo resuelto por la magistrada en cuanto a que la misma determina que "el actor no ha logrado acreditar los presupuestos de la responsabilidad que ha atribuido a la demandada y en cuanto al carácter riesgoso o vicioso de la cosa —tambor, individualizándolo concretamente y objetivando su riesgo o vicio (su posición anormal, sin medidas de seguridad)— y ello ha de llevarme a rechazar esta acción en todos sus términos por cuanto la demandada ha desconocido la mecánica del hecho —modo de ocurrencia—" resulta una apreciación meramente conjetural, dogmática y desajustada a derecho.

Partiendo de esta base sostiene la presentante que ninguna duda existe en cuanto a la existencia histórica del hecho y que las demandadas son las responsables del mismo y expresa que la única testigo presencial —hermana del actor—, confirmó la existencia del hecho declarando que ocurrió de acuerdo a lo relatado en la demanda, incluso, trae a colación lo expresado por dicha testigo en la causa penal quien refiere —Transcribo— "que en ese momento su hermano intenta esquivar dicho tambor, pese a lo cual colisiona con el mismo con su pierna derecha provocando que se desestabilizara". Que al recuperar el control de la moto sigue manejando en dirección a Roca, momento en el que la declarante le manifiesta que se detenga para ver si se había lastimado. Que al parar la marcha es que la declarante se da cuenta que a su hermano le corría sangre por la mano, por lo que Josué se levanto la manga de la campera para ver que se había hecho. En ese momento dan cuenta de que Josué se había enganchado el brazo con el cartel de desvío que estaba sobre el tambor, el cual tampoco estaba señalizado o tenía franja refractaria o luz".

Expresa a continuación que las demandadas y la citada en garantía reconocieron la existencia del hecho pero sostuvieron que el mismo ocurrió porque el actor circulaba a exceso de velocidad y sin luces, cir-

cunstancias que entiende la actora que no son ciertas y que no han sido probadas como tampoco se ha podido probar que el barril estuviera correctamente señalizado y que se hayan cumplido las demás exigencias relacionadas con los requerimientos de la autoridad en lo referido a las precauciones que debe adoptar para evitar accidentes.

Posteriormente, trae a colación diferentes pronunciamientos que entiende el agraviado tratan las irregularidades y el obrar desaprensivo de las demandadas: 'Rossi, Guillermo H. c. Provincia de Río Negro y otras s/ ordinario' (Expte. N° 307-J1-10) del Juzgado Civil y Comercial N° 1, 'Nahuelan, Elena y otro c. Vial Agro SA y otros s/ daños y perjuicios (Ordinario)' (Expte. N° CA-21553), 'Scuadroni, Yolanda E. c. Seguridad Vial Industrial SRl y otros s/ daños y perjuicios (Ordinario)' (Expte. N° CA-21570) de esta Cámara de Apelaciones y más recientemente en autos 'Soto Fuentealba, Jorge H. c. CN Sapag SACCFII y M. y otras s/ daños y perjuicios (ordinario)' Expte. N° A-2RO-1014-C9-16) del Juzgado Civil y Comercial N° 9.

3.2.- En un segundo agravio expresa que la señora Jueza incurre en una 'evidente aplicación errónea del derecho' y se aparta sin razón ni motivo alguno de las constancias de la causa. Sostiene su argumento recortando y pegando otro párrafo de la sentencia de grado respecto a que "el actor no ha logrado acreditar los presupuestos de la responsabilidad que ha atribuido a la demandada y en cuanto al carácter riesgoso o vicioso de la cosa —tambor, individualizándolo concretamente y objetivando su riesgo o vicio (su posición anormal, sin medidas de seguridad)— y ello ha de llevarme a rechazar esta acción en todos sus términos por cuanto la demandada ha desconocido la mecánica del hecho —modo de ocurrencia—..." y agrega la agraviada que 'las circunstancias por ella apuntadas implican en el caso desechar de manera completamente arbitraria el testimonio brindado por la hermana del actor quien describió con preciso detalle la mecánica del hecho que acredita sobradamente la responsabilidad de las demandadas.' Agrega que el testimonio de J. S. (hermana) ha sido 'claro, contundente y elocuente, prestado bajo juramento de decir la verdad y que se trata de una persona que se encuentra plenamente habilitada procesalmente para intervenir como tal, el mismo fue prestado en la forma que exige el código de rito, no ha recibido cuestionamiento de ninguna especie en la respectiva audiencia' e incorpora que la declarante llega a realizar un croquis del lugar del hecho.

Refiere luego que se pone en evidencia que no se ha dado cumplimiento con lo establecido en el 'Señalamiento de obra en construcción' que se acompañó a la causa penal y manifiesta posteriormente que la señalización fue defectuosa, insuficiente e inadecuada lo que provoca innumerables accidentes que continuaron ocurriendo con gravísimas consecuencias a pesar de la obligación contenida en el punto LXIX4.7 del Pliego de Bases y Condiciones.

A continuación, expresa el recurrente que considerando las características de las empresas demandadas y las obligaciones que tenían a su cargo de acuerdo con lo expresado en el párrafo anterior, las mismas estaban en mejores condiciones de acreditar que habían cumplido de manera satisfactoria y completa con esos deberes, por aplicación de la teoría de las cargas dinámicas consagrada en el art. 1735 del Cód. Civ. y Comercial y trae a colación el voto del Dr. Kiper, en el fallo de la Sala H CNCiv. de fecha 02/02/2006 en autos: 'Schoenfeld, Karin S. c. Mitsu Car SA y otros s/ daños y perjuicios.'

3.3.- Continua su derrotero manifestando que no se puede dejar de considerar que se está en presencia de una responsabilidad objetiva, regulada en el anterior artículo 1113 del Cód. Civil y actualmente en los arts. 1722, 1757 y cc. del Cód. Civ. y Comercial, desde el mismo momento en que se ha probado que el tambor obstruía la circulación del tránsito en la zona en que se produjo el accidente, conducta agravada por la circunstancia de tratarse de una Ruta Nacional, así como también por resultar una actividad riesgosa la desarrollada por las demandadas y cita el precedente 'Soto Fuentealba, Jorge H. c. CN Sapag SACCFII Y M. y otras s/ daños y perjuicios (Ordinario)' (A-2RO-1014-c9-16), sentencia del 29/11/2019 y lo dicho por la Cámara —Transcribo— 'quien sostuvo que si no se logrado acreditar la culpa de la víctima con entidad tal de romper el nexo causal, y aún frente a la duda de quién es el responsable, ello no beneficia a quien pretende eximirse de responsabilidad, ya que las causas de exoneración de responsabilidad para quien conduce una cosa riesgosa son, como se ha dicho, excepcionales y de interpretación muy restrictiva.'

Luego, cita y expresa que dicho criterio ha sido ratificado en autos 'Rojas, María V. A. c. López, Mariano A. y otras s/ daños y perjuicios (ordinario) (Expte. N° A-2RO-292-C1-14), sentencia del 10/02/2020 y refiere que aplican al caso las consideraciones efectuadas por esta Cámara en autos 'Squadroni,' fallo que no transcribiré, para no redundar.

3.4.- Como corolario, expresa el recurrente que ha acreditado suficientemente las severas deficiencias que presenta la sentencia apelada, que violenta la exigencia de que "los fallos constituyan derivación razonada del derecho vigente aplicable a los hechos probados del caso" ya que "la sentencia en crisis no se halla dotada de la fundamentación suficiente que es dable exigir como condición de validez de los fallos judiciales" y trae a colación el precedente del Tri-

bunal de Justicia de la Provincia, 'Napal, Héctor L. y otra c. Oriente Construcciones SA y otras s/ daños y perjuicios (ordinario) s/ casación' (Expte N° A-3BA-730-C2015), 21/10/2020.

Refiere a continuación que una evaluación completa y conjunta de cada uno de los extremos desarrollados en su presentación permiten concluir en la existencia del nexo causal y asignación de responsabilidad pretendida por esta parte (arts. 1113 del Cód. Civil, arts. 1722, 1757, 1758, 1769 del Cód. Civ. y Comercial), y la consecuente obligación de las demandadas y de su aseguradora de hacer frente a la indemnización pretendida por lo que solicito se haga lugar al recurso interpuesto revocándose el pronunciamiento recurrido haciendo entonces lugar a la demanda en todas sus partes, con costas.

Análisis y propuesta de solución del caso:

4.1.- Conforme reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia incluida la del más alto tribunal de la Nación, 'Las sentencias judiciales deben constituir —como requisito de validez— una derivación razonada del derecho vigente conforme a las circunstancias comprobadas de la causa' (entre otros CS, sentencia de fecha 17/12/2020 'en autos de hecho deducido por el actor en la causa Anselmi y Cía. SRL c. Administración Federal de Ingresos Públicos —DGI— s/ impugnación de deuda', del voto del Dr. Rosatti). Y la sentencia que viene en apelación, sin hesitación alguna no cumple con tal recaudo de validez por lo que anticipo propondré declarar su nulidad y atribuir la total responsabilidad en el hecho a las demandadas con la consecuente extensión de responsabilidad a la citada en garantía.

4.2.- La juzgadora dice que habrá de juzgar el caso conforme los lineamientos fijados por esta Cámara. En concreto cita el precedente 'Yacusso, Carina c. Aguas Rionegrinas SA y otra' (sentencia de fecha 05/05/2014 correspondiente al Expte. 595-10; del 05/05/2014). Luego tras hacer hincapié en que no hay prueba sobre el hecho, excepto la testimonial de la hermana del actor, concluye: 'Evaluado todo lo dicho debo decir que a criterio de quien opina el actor no ha logrado acreditar los presupuestos de la responsabilidad que ha atribuido a la demandada y en cuanto al carácter riesgoso o vicioso de la cosa —tambor, individualizándolo concretamente y objetivando su riesgo o vicio (su posición anormal, sin medidas de seguridad)— y ello ha de llevarme a rechazar esta acción en todos sus términos por cuanto la demandada ha desconocido la mecánica del hecho 'modo de ocurrencia'.

4.3.- Por lo pronto cabe decir que esta cámara ha entendido en múltiples casos que guardan similitud con el que nos ocupa y el precedente 'Yacusso' no puede considerarse uno de ellos. Ello más allá que de cualquier modo el criterio que allí adoptáramos con voto rector del estimado colega, Dr. Soto, y adhesión del suscripto, en modo alguno podría motivar en el caso que nos ocupa el rechazo de la demanda por falta de acreditación del hecho de daño. Tratamos en aquel precedente un accidente producido en una ruta que no estaba en construcción ni en reparación, sino que tenía —y desde mucho tiempo— un registro o boca de tormenta cuya presencia solo era señalizada con un cartel de disminución de la velocidad. Aquí lo riesgoso es una ruta en ampliación, con una obra de gran dimensión que ya lleva muchos años en ejecución y con multiplicidad de accidentes que no pueden ser desconocidos por los residentes; especialmente por los operadores de justicia. La actora de hecho acompañó recortes de artículos periodísticos sobre el tema que aunque podría no concedérsele valor probatorio alguno, sí no dejan dudas en cuanto a la importancia y repercusión del tema en la opinión pública. Y por otra parte, citó varias actuaciones judiciales de fácil consulta en los que se acreditaron no solo los accidentes, sino el incumplimiento por las demandadas de las medidas de seguridad requeridas.

4.4.- En el caso de autos el accidente o hecho dañoso no fue negado, habiéndose limitado las demandadas en sus contestaciones de demanda a sostener que cumplían con la señalización y medidas de seguridad exigidas, alegando la culpa del actor.

Así, de la contestación de demanda de la aseguradora recurrente (53/58), específicamente de fs. 54 vta./55, se extrae: "El hecho se produce en la fecha y lugar que el reclamante da cuenta en su escrito inicial de demanda. Ello no obstante el relato que este efectúa en cuanto a los alcances del mismo y las circunstancias de modo en que el suceso acaeció, difieren sustancialmente con la realidad de los hechos. Lo que verdaderamente aconteció en la oportunidad es que el actor Sanhueza circulaba a exceso de velocidad sin luces a bordo de una motocicleta sobre una ruta nacional sin tomar las debidas precauciones, atento que la misma se encontraba en reparación contando con las señales de seguridad, lo que nos lleva a concluir que el actor, no tomó a su cargo las precauciones del caso para circular, resultando este único responsable del accidente que nos ocupa. En el caso el actor no solo no tomó las precauciones para evitar el hecho, sino que además actuó con culpa, en forma negligente, irresponsable e imprudente, siendo ello la causa adecuada para que el evento se produjera, debiendo soportar por ello sus consecuencias".

La contestación de demanda de Vial Agro SA (fs. 70/75), tiene un relato similar y lo mismo ocurre

con la contestación de demanda de CN Sapag SA (fs. 76/81).

4.4.- Venimos reiterando que las obras viales por sí mismas constituyen cosa riesgosa a los fines del art. 1113 Cód. Civil y tal interpretación se ve fortalecida en la nueva redacción de la ley fondal, que en los sustancial al respecto no ha variado y que con buen criterio refiere a 'cosas y actividades riesgosas'. Así puede verse que el art. 1757 Cód. Civ. y Comercial —Cód. Civ. y Comercial— establece: 'Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva'.

Remarco que el transcripto artículo 1757 recoge las opiniones doctrinarias y jurisprudencia extendida que hacía aplicable lo establecido respecto de 'cosas riesgosas' a las que en exclusividad refiere el viejo art. 1113 del Cód. Civil, a las 'actividades riesgosas'.

4.5.- En la línea expuesta precedente y como expuse, esta cámara se ha expedido en múltiples casos que guardan similitud con el presente, permitiéndome a continuación transcribir párrafos de dos de las sentencias correspondientes, cuya argumentación aplica al presente.

En 'Scuadroni c. Seguridad Vial Industrial SRL y otros' (sentencia de fecha 21/10/2016 correspondiente al Expte. N° CA-21570) a partir del voto de la estimada Dra. Mariani y adhesión del suscripto, se expresó entre otros conceptos: "...surge de su relato corroborado por el de los testigos, que ello sucedió como consecuencia de la abrupta interrupción de la tercera mano que era parte de la ampliación en construcción, sin señalización ni advertencia. Y esto es lo que han confirmado los testigos. No solo no había luces indicadoras, sino tampoco cartelería al efecto. empresa de seguridad que debía velar por ello, se ha limitado a negar los hechos invocados en la demanda, no siendo ello suficiente. Si en verdad 'jamás incumplió con ninguna de sus labores específicas...' debió demostrarlo, pues le era relativamente sencillo aportar datos y pruebas de que la ruta en ampliación estaba correctamente señalizada. La propia empresa dijo en su presentación que en la obra de ampliación de la traza de la Ruta Nacional 22, 'prestaba servicios en la colocación de cartelería temporal y otros elementos de seguridad vial con más un equipo de personas que llevaba a cabo esas tareas' (97 vta.)[...] Ahora bien, el hecho debe subsumirse en la norma del art. 1113 del Cód. Civil, vigente a la fecha del infortunio (que de todos modos no ha sido modificada sustancialmente en la nueva normativa). De modo que existe responsabilidad objetiva de las demandadas, las empresas constructoras de la ampliación de la ruta y la encargada de la seguridad, que se extiende a su aseguradora. Ello, en tanto que se encuentra probado que la actora sufrió un accidente al transitar por el tramo que se ha individualizado, del que resultaron daños por los que reclamó. Respecto del tipo de responsabilidad de las empresas encargadas de las reparación de las rutas los tribunales vienen siendo contestes, habiéndose dicho: 'Corresponde confirmar la sentencia de grado que condena a la empresa constructora encargada de la reparación de la ruta a resarcir los daños sufridos por el actor a raíz del accidente que sufriera al volcar su conducido. Ello así, toda vez que la ruta es una cosa que se torna riesgosa cuando no se encuentra en buen estado o cuando en ella hay obstáculos que obstruyen el tránsito. Y en el caso que nos ocupa, la ruta en cuestión estaba en reparación y, como consecuencia de ello, la carpeta asfáltica estaba bruscamente interrumpida para continuar un suelo de arena y piedra. Por otra parte, el sector en donde se desarrollaban las tareas no estaba debidamente señalizado. Así pues, la responsabilidad de la empresa demandada surge en forma evidente y solo podría haberse liberado de la misma si hubiese acreditado la culpa de la víctima (art. 1113, Cód. Civil), lo que no logró hacer, dado que no puede considerarse que el actor haya incurrido en exceso de velocidad, ya que avanzar a 100 km/h por una ruta en buen estado respeta las disposiciones del art. 51, Ley 24.449. Y se dice en buen estado, no porque se olvide que el camino estaba en reparación, sino porque al no estar debidamente señalizado para el actor la ruta no presentaba ninguna particularidad que lo obligue a disminuir la velocidad'. (Rabellino, Juan C. c. Alquimaq SRL s/ Ordinario, Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral, Rafaela, Santa Fe; 14/05/2013; Rubinzal Online; RC J 11295/13). En esa directriz, esta Cámara en autos 'Nahuelan, Elena y otro c. Vial Agro SA y otros s/ daños y perjuicios (ordinario)' (Expte. N° CA-21553) con fecha 19 de mayo de 2016 dijo: 'Ya esta Cámara —en sentencia que al respecto fue confirmada por el Superior Tribunal de Justicia— atribuyó a la actividad de una empresa vial, el carácter de riesgoso a los fines de la aplicación del artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte del Cód. Civil, debiendo por consiguiente los demandados probar la culpa de la víctima o de un tercero para sustraerse en forma total o parcial de la responsabilidad que la ley le acuerda como regla'. [...] por decir que no hay fisuras en doctrina y jurisprudencia respecto de que —frente a la responsabilidad objetiva— las eximentes deben ser analizadas restrictivamente y la prueba debe ser concluyente, siendo un imperativo del propio interés de quien la alega y por ello, carga con su demostración. Ha dicho y se comparte: 'En el mismo sentido Aída Kemelmajer de Carlucci (en un fallo de la CS de Mendoza, publicado en LA LEY, 1997-C, 758) señaló que 'la jurisprudencia más progresista del país sostiene, con razón,

que el dueño o guardián de la cosa solamente puede exonerarse de responsabilidad acreditando, de manera concreta y precisa, que la víctima, mediante su propio comportamiento, ha causado su propio daño; en este sentido, la eximente debe ser analizada en forma estricta (conf. CS Santa Fe, 28/02/1996, 'Quiroga c. Municipalidad de Rafaela', Juris N° 96, p. 781; DJ 1996-2-855; conf. Bueres-Vázquez Ferreyra, Comentario crítico de jurisprudencia, Rev. de Derecho Privado y Comunitario, N° 13, p. 336). Agregando luego que '... son pocos los fallos que liberan totalmente al dueño o guardián, pues la jurisprudencia es muy exigente en cuanto a las cualidades requeridas para romper el nexo causal; en tal sentido, la Corte federal tiene dicho que la culpa de la víctima con aptitud para cortar el nexo de causalidad a que alude el art. 1113 del Cód. Civil debe revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o de la fuerza mayor' (CSN, 11/05/1993 en "Fernández c. Ballejo", LA LEY, 1993-E, 472). (D., J. L. y otro c. Rosso, Héctor B. y otro, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala 2, Rosario, Santa Fe; 17/08/2000; Rubinzal Online; RC J 13892/10)".

Y en un precedente más reciente donde por otra parte la similitud es aun mucho mayor porque se trató de la misma ruta y empresas demandas, habiendo chocado un motociclista con un tambor del mismo tipo del presente (refiero a autos 'Ortiz Bravo c. Vial Agro SA y otro', sentencia de fecha 24/06/2019 correspondiente al Expte. 6970-J 21-13), sostuvimos a partir de mi voto con la adhesión del Dr. Soto: "La causa que nos ocupa se origina a partir del reclamo indemnizatorio realizado por el actor, quien se accidentó en la Ruta 22 a la altura del km 1135, el día 9 de marzo del año 2011, siendo aproximadamente las 02,00 am. El actor se conducía en su motocicleta marca Mondial 110 cc de color azul, dominio ..., por Ruta Nacional 22, en sentido Este-Oeste, cuando al llegar a la altura del km N° 1135 e intersección calle Río Negro, ubicada frente a Barrio Nuevo de Villa Regina, colisionó contra dos tambores de metal de 200 lts. cada uno de color rojo y blanco los que se encontraban sobre la cinta asfáltica, lugar donde las empresas demandadas realizaban los trabajos viales de remodelación de la ruta, de público conocimiento. [?] En la sentencia que viene en apelación se sostuvo que el lugar del accidente carecía de iluminación, no siendo correcta la señalización por cuando además de no estar pintados los tanques como indica la reglamentación, carecían de la señal luminosa que esta exige. De todos modos, no atribuye la total responsabilidad a los demandados, sino que le adjudica un cincuenta por ciento de responsabilidad al actor, paro lo que parte de adjudicarle falta de luces delanteras a la motocicleta y manejo imprudente, con exceso de velocidad. [?] Por lo pronto, aunque no hay un agravio concreto al respecto, cabe señalar que ya esta Cámara en pronunciamientos que incluso han merecido expresa confirmación del Superior Tribunal de Justicia, ha considerado que en el marco del artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte del entonces vigente Cód. Civil, pueden ubicarse cosas inertes, así como también las actividades de construcción o viales (ver por caso sentencias de fecha correspondiente a los expedientes del registro de esta cámara números CA-20045 y CA-20046). Precisamente en un caso que guarda ciertas similitudes con el presente pues se trató de un accidente en la ruta en remodelación y con déficit de iluminación y señalización, dijimos: 'Ya esta cámara —en sentencia que al respecto fue confirmada por el Superior Tribunal de Justicia— atribuyó a la actividad de una empresa vial, el carácter de riesgoso a los fines de la aplicación del artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte del Cód. Civil, debiendo por consiguiente los demandados probar la culpa de la víctima o de un tercero para sustraerse en forma total o parcial de la responsabilidad que la ley le acuerda como regla. Aun cuando no advierto sea un tema en discusión, me permito recordar en esa línea que en relación a las cosas inertes —tal la que nos ocupa— ha sostenido con la claridad que la caracterizaba Matilde Zavala de González, que ellas son causa activa del daño cuando su anormal situación o ubicación circunstancial crean la probabilidad y consecuente previsibilidad de una contingencia perjudicial (Zabala de González, 'Accidentes y causalidad', en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni 1997, N° 15, p. 45). Concepto que completa dicha autora en su artículo 'Daños causados por el riesgo de la cosa y por una conducta riesgosa' diciendo: 'no interesa el 'modo' con que se hace efectiva la potencia dañosa que encierra la cosa. esta es fuente del perjuicio cuando pese a ser 'mecánicamente pasiva' ha sido 'causalmente activa'. Y las cosas inertes son causa activa del daño cuando la anormalidad de su situación o ubicación circunstancial crea la probabilidad y consecuente previsibilidad de una contingencia dañosa, lo que es plenamente congruente con el sistema de causalidad adecuada que adopta nuestro Cód. Civil' (causa 'Nahuelan y otro c. Vial Agro y otros', sentencia de fecha correspondiente a CA-21553). 4.2.- En el caso se acreditó que la señalización era por demás deficiente lo que evidentemente tornaba más riesgosa la obra en horarios nocturno, por ser un lugar carente de iluminación artificial. Estaban solo los tanques contra los que termina colisionando el actor, cuyas pinturas no se correspondían con las exigidas por la reglamentación y, además, carecían de la iluminación también exigida por esta, tal como lo refleja la pericial que sobre el punto no mereció impugnación alguna. Es entonces plenamente de aplicación al caso la regla de responsabilidad objetiva artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte del entonces vigente Cód. Civil correspondiendo a las accionadas probar la culpa de la víctima o de un ter-

cero, con una entidad tal que permita fracturar —total o parcialmente— el nexo causal.

4.6.- He dicho que en lo sustancial no ha variado en este tema la ley fondal, al menos con la interpretación más amplia que del art. 1113 del Cód. Civil hacía la jurisprudencia. Los precedentes citados se corresponden con hechos que fueron juzgados aplicando este artículo, pero en el presente, en tanto se produjo en el año 2016, resultan de aplicación los arts. 1757, 1758 y cctes. del Cód. Civ. y Comercial (Art. 1757: 'Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención'. Art. 1758.- 'Sujetos responsables. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial)'.

En mi opinión se verifica un supuesto de actividad riesgosa por las circunstancias de su realización. Tuvo importancia sin duda el tambor (cosa inerte) y su inadecuada ubicación y falta de pintura refractaria o luminiscente, pero completó ello las inadecuadas medidas de seguridad implementadas y las omitidas, por quienes tenían a su cargo la realización de las obras de remodelación de la ruta 22.

Si bien en muchos casos se han resuelto accidentes como este considerándolo 'hecho de las cosas' —por caso el tambor con el que chocó—, en mi opinión, es más adecuada su visualización como actividad. Es que no se trató solo del tambor como causa adecuada del daño, sino todo el escenario de la obra o ruta en reparación; esto es, implementos inadecuados o ausentes (cartelería, vallas, iluminación, etc.), a veces también participan maquinarias, y regularmente siempre —como en el presente— el factor humano sea por acción u omisión (responsables de la seguridad de la obra, banderilleros, etc.).

Expresa Pizarro que 'las actividades peligrosas por las circunstancias de su realización son aquellas en la que no obstante no revestir ordinariamente un peligro regular o constante, las modalidades de tiempo, modo y lugar la tornan especialmente peligrosa. Por ejemplo, el trabajo en la construcción o en obra' (Pizarro, Ramón Daniel, 'Tratado de la Responsabilidad Objetiva', de, LA LEY, T. I ps. 580 y ss.). En la misma línea puede consultarse también 'Código Civil y Comercial de la Nación comentado', dirigido por Lorenzetti, primera edición, T. 8, ps. 585 y ss.'

Con acierto señala Ghersi que 'una de las causas más importantes de accidentes es la deficiente o inexistente señalización de obras o de tareas de mantenimiento realizadas por diversos organismos estatales, o por empresas privadas contratadas por el Estado o por las concesionarias de peaje. La obligación de una correcta señalización hace que resulten responsables la empresa operadora y su contratista —Estado o licenciataria de peaje—, tanto si se incumplen de forma absoluta o relativa, y es causa del daño al automovilista o a terceros' (Ghersi, Carlos, 'Accidentes de Tránsito', Parte Segunda, p. 104).

Más allá de la intervención de la cosa inerte (tambor) y los defectos que la misma presentaba para el fin dado (irregular ubicación y ausencia de pintura reglamentaria), como dije, resulta en el caso causa adecuada del daño el incumplimiento de las medidas de seguridad que debieron haberse implementado para alertar a quienes transitan sobre los obstáculos o inconvenientes con los que se podían encontrarse al circular por la ruta en tales condiciones. Ha dicho el cimero tribunal de la Nación en el caso 'Bullorini' (sentencia de fecha 01/03/1994, correspondiente al Expte. B.439 XXII.originario) y aplica al presente: '6°) Que aun cuando la narración de los hechos efectuada por los actores en la demanda no se ajusta estrictamente a la situación fáctica que se infiere del material probatorio reseñado, por cuanto en aquella se alude a la existencia de un pozo o corte en la ruta mientras que lo comprobado en autos fue un levante pronunciado de la carpeta asfáltica, parece indudable que las condiciones del camino afectado por la realización de la obra pública —con una abrupta elevación y banquinas descalzadas— condujeron a crear un riesgo imprevisible para los conductores. En este aspecto aparece como manifiesta la responsabilidad por omisión de la demandada, quien tenía a su cargo el cuidado, mantenimiento y conservación del camino y, por consiguiente, debía adoptar las elementales medidas de precaución para advertir eficazmente a los transeúntes el estado peligroso de la ruta. En este orden de ideas, se ha señalado que el uso y goce de los bienes del dominio público por parte de los particulares importa para el Estado —considerado lato sensu— la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos, de ahí que la demandada debió adoptar las medidas de seguridad destinadas a prevenir a los usuarios sobre las peligrosas condiciones de emplazamiento que pudieran presentar (confr. causa P.73.XXIII 'Pose, José D. c. Chubut, Provincia

del y otra s/ daños y perjuicios', del 1 de diciembre de 1992)".

4.7.- Como expuse, las demandadas se limitaron a decir respecto de la ruta luego de reconocer que estaba en reparación que contaba 'con las señales de seguridad', sin siquiera indicar en que consistían estas.

Más allá que como vengo diciendo las rutas en remodelación o reparación son de por sí riesgosas tornando la responsabilidad objetiva en los términos de los arts. 1757 y 1758 del Cód. Civ. y Comercial, cabe destacar la ausencia de toda actividad probatoria tendiente a acreditar el cumplimiento de las medidas de seguridad. Es más, directamente la ausencia de un relato al respecto, ya que siendo las empresas demandadas quienes colocaron los tambores y tenían a su cargo la señalización y demás medidas de seguridad inherentes a la obra encomendada por el Estado Nacional, ni siquiera dieron su versión respecto de las características de los tambores, así como su ubicación, cartelería, iluminación, vallado y demás medidas de seguridad.

Es claro que toda ruta en reparación exige la implementación de variadas medidas de seguridad y en el caso, las mismas estaban perfectamente descriptas en la causa penal agregada por cuerda. En este sentido pueden consultarse las copias del pliego de bases de la obra —L.XIX 2.2.4— (fs. 85, 85 y 87/114 del expediente penal).

No son otras más que las demandadas las que se encontraban en mejores condiciones de esclarecer en concreto al tribunal sobre el estado de la ruta y las medidas de seguridad adoptadas, así como obviamente luego probar ello; al no haber dicho ni probado al respecto, debe estarse necesariamente a la versión dada por el actor, reafirmado además por el testimonio de su hermana en sede penal y civil.

Hemos dicho al respecto al resolver en el Expte. 198-11 (sentencia de fecha 02/06/2014) y lo hemos reiterado en muchos otros precedentes, resultando de aplicación al presente que 'Ha señalado Claudio Kiper y se comparte plenamente, que 'La carga probatoria dinámica', si bien recae en principio en ambas partes, ha sido distribuida por la doctrina de la siguiente forma: ambas partes, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la solución del caso, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, quien está en mejores y/o mayores condiciones profesionales, técnicas y/o fácticas de hacerlo, quien afirme lo contrario a la naturaleza de las cosas, quien se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de prueba, quien esté en la situación más favorable para probar los hechos de que se trata, quien esté en mejores condiciones de producir la prueba, quien quiera innovar en la situación de su adversario, quien esté en mejores condiciones de aportar los elementos requeridos, quien esté en mejores condiciones de probar, quien esté en mejores condiciones de clarificar las cuestiones planteadas, la parte que posee un conocimiento directo de los hechos, quien afirme hechos anormales, etc.' (del voto del Dr. Kiper, en el fallo de la Sala H CNCiv. De fecha 02/02/2006 en autos 'Schoenfeld, Karin S. c. Mitsu Car SA y otros s/ daños y perjuicios'). Por lo que siguiendo estos lineamientos, debía el recurrente probar cuando inició la construcción que sería el único acto posesorio con entidad de tal, mas sin embargo no solo no allega prueba al respecto, sino que ni siquiera da su versión. Y como señalara el gran procesalista colombiano, 'no se trata de fijar quien debe llevar la prueba, sino de quien asume el riesgo de que falte' (Devis Echandia, Hernando, 'Compendio de la prueba judicial', Rubinzal-Culzoni, p. 211), de manera que en todo caso la ausencia de prueba y aún más, la ausencia de un relato preciso sobre el punto, no hace sino perjudicar al propio recurrente. Y es que como afirmara Leo Rosemberg, no debemos olvidar que antes de la carga de la prueba, está la carga de la afirmación y esto le corresponde a ambas partes (Leo Rosemberg, 'La Carga de la Prueba', ed. Montevideo, 2002, p. 198) conforme la regla de las Cargas probatorias dinámicas, quien está en mejor condición de probar o le resulta más fácil hacerlo, es quien asume la carga (Jorge W. Peyrano, 'Compendio de reglas procesales', Zeus, 1999, p. 234)".

4.8.- Resultando entonces el caso un supuesto de responsabilidad objetiva (arts. 1722, 1757, 1759 y cctes. del Cód. Civ. y Comercial), para exonerarse de responsabilidad las demandadas debían acreditar la culpa de la víctima o de un tercero con aptitud de fracturar total o parcialmente el nexo causal.

Recordemos que las demandadas alegaron que 'Sanhueza circulaba a exceso de velocidad sin luces a bordo de una motocicleta sobre una ruta nacional sin tomar las debidas precauciones'.

No se acreditó el exceso de velocidad, como tampoco la ausencia de luces. Menos aún que cualquiera de estas dos infracciones a las reglas de tránsito hubieren podido evitar la colisión producida por la aparición de imprevisto en la calzada de tambores que carecían de pintura luminiscente o refractaria, así como de cualquier tipo de iluminación artificial y señalización en el lugar que le hubieran permitido al motociclista adoptar adecuadas acciones para evitar el accidente.

4.8.- Corresponde en consecuencia como antes dije, y así lo propongo al acuerdo, además de declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia, adju-

dicar la total responsabilidad a las empresas viales demandadas haciendo extensiva la condena a la citada en garantía, en la medida del seguro.

5.1.- He de abordar entonces el reclamo indemnizatorio siguiendo la doctrina fijada por el Superior Tribunal de Justicia en los precedentes 'Vera' (sentencia N° 22/18), reiterada entre otros en 'AMX Argentina SA c. Municipalidad de San Carlos de Bariloche' (sentencia N° 60 de fecha 15/08/2019), en tanto constituye doctrina obligatoria (art. 42 ley 5190), dejando a salvo mi opinión personal contraria pues además de entender que tal directriz puede fomentar el rechazo de demandas por el menor esfuerzo que ello supone, se apoya en doctrina y jurisprudencia ajena al particular sistema procesal de nuestra provincia que es la única que garantiza el recurso ordinario —doble instancia— en todos los fueros y no solo en el penal como ocurre en el ámbito nacional y las otras provincias (art. 139, inc. 14 de la Constitución Provincial).

5.2.- Del escrito de demanda surge el reclamo —sujeto a la variaciones que imponga la prueba y el criterio del tribunal—, de la suma total de $2.835.000.- con más intereses, que corresponden a cuatro rubros. Por 'Daño Psicofísico', reclama la suma de $2.300.000.-, por 'Daño Moral' la suma de $500.000.-, por Tratamiento Psicológico, $20.000.- y por Gastos de Traslado y Farmacéuticos la suma de $15.000.

5.3.1.- Respecto del primero de los rubros expresa en la demanda entre otros conceptos que 'al presentar una incapacidad del 30 % ha visto notablemente disminuidas sus capacidades para desarrollarse exitosamente en la vida, todo lo cual merece ser justamente resarcido, mucho más cuando en el caso la lesión produjo una afectación grave y concreta en el plano laboral del actor por la índole de la actividad laboral desarrollada. En cuanto a la incapacidad psíquica, las lesiones sufridas le han acarreado un gran daño psíquico que se exterioriza en profundas depresiones, insomnio, llanto, emotividad, angustia, desgano, como así también en un estado de abatimiento que le resta dinamismo y vitalidad para el desarrollo habitual y normal de las tareas propias de su edad, lo cual provocará indefectiblemente una sensible merma en sus ingresos económicos futuros. A raíz del accidente, su carácter se ha modificado sustancialmente. Se ha vuelto malhumorado, inseguro, miedoso, manifestando sus conocidos que su forma de ser ha cambiado radicalmente en este aspecto y que ha dejado de ser aquella persona alegre, social y divertida a la que siempre se la veía sonriente y animada'.

Es de destacar que fuera de lo que suele ser común realiza un reclamo conjunto de la incapacidad derivada tanto del daño psíquico como del físico.

Se extiende en la cita de jurisprudencia y doctrina que considera que corresponde reconocer una indemnización por el daño psíquico o psicológico —que, como veremos, se corresponde con la doctrina legal obligatoria— independiente del daño moral y del costo de los tratamientos psicológicos.

No cuestiona la aplicación de la fórmula de matemática financiera adoptada por el Superior Tribunal de Justicia en 'Pérez Barrientos', con la modificado introducida en cuanto a los intereses en 'Pérez c. Mansilla y Edersa' e indica que a los fines del cálculo de la indemnización se tomara la edad de la víctima al momento del accidente , la incapacidad psicofísica que presenta (30 %) y el ingreso del mes previo al accidente de $8.000.-, exponiendo que trabajaba en la confitería llamaba 'Perla del Valle' en la terminal de ómnibus de Villa Regina.

5.3.2.- Las lesiones están suficientemente probadas con la HC, el informe pericial médico del Dr. Bazzo y el informe médico agregado al expediente penal de la Dra. Torres, además del informe de la perito psicóloga en lo que respecta al daño psíquico.

5.3.3.- El perito médico en su primer informe (fs. 165/166) dio cuenta de las lesiones verificadas, indicando que se comprobaba la existencia de una cicatriz queloide de 20 cm por 2 cm sobre cara del antebrazo derecho, con disminución de la fuerza de la mano y brazo derecho, lo que adjudica el experto a la ausencia de kinesioterapia postoperatoria. Adjudica una incapacidad parcial y permanente del 14%.

Tal informe fue observado por ambas partes (fs. 168 actora, fs. 170 demandadas), expresando el perito a fs. 177 que era probable que la retracción del queloide aumentara con el tiempo.

La parte actora insiste con las observaciones realizadas inicialmente (fs. 179), al entender que la labor pericial es incompleta y que solo se está computando la incapacidad derivada de la cicatriz.

Procede en consecuencia el perito a realizar un nuevo informe con una descripción y computo de las incapacidades derivadas de todas las secuelas que tenían origen en el accidente que nos ocupa, arribando a una incapacidad del 26,6% (fs. 200).

Cabe resaltar que este nuevo dictamen no mereció observación alguna por las partes, por lo que he de tomarlo para la determinación de la incapacidad por daño físico, desde que además de ser el más completo, es el más reciente.

5.3.4.- El dictamen correspondiente a la pericial psicológica no fue impugnado ni observado por las partes.

El informe de la Lic. Shedden (fs. 184/197) es muy completo e ilustrativo respecto del estado psíquico del actor y el análisis de lo que podría considerarse que tiene origen en el accidente que motivara estas actuaciones y lo concausal, más allá de las dificultades que expresa para cuantificar el daño de modo diferenciado.

Procedió a una entrevista psicológica —anamnesis— muy detallada y la implementación de variadas técnicas que le permitieron llegar entre otras conclusiones a que lo expuesto por el actor presenta signos de verosimilitud.

A fin de ser breve me he de remitir a la lectura del extenso informe, indicando sí en lo que aquí interesa que al diagnóstico que realiza le adjudica un 10% de incapacidad psíquica conforme el Baremo para Daño Neurológico y Psíquico de Castex y Silva. Mas verificándose concausas corresponderá ponderar un porcentual menor.

Al respecto nos dice la experta que 'desde el punto de vista de la psicología resulta difícil establecer con criterio científico la distribución de porcentajes cuando se trata de un nexo concausal. Los mecanismos psíquicos que actúan vinculando los elementos concausales son móviles, versátiles y en ese sentido no admiten una precisión exacta'. Agrega seguidamente la Lic. Shedden: 'Intentando realizar una discriminación orientativa, que en modo alguno pretende la exactitud por ser ello científicamente imposible, se establece conforme a los resultados de la presente evaluación diagnóstica, que la mitad del porcentaje de incapacidad establecido se corresponde al evento de autos, en tanto que el resto sería atribuible a otros factores ajenos a la litis que actúan como elemento concausal'.

5.3.5.- Computando entonces el porcentual de daño físico —26,6%— y el 5% del daño psicológico que aplicando la fórmula de Balthazard o método de capacidad restante se reduce al 3,67%, se llega a una incapacidad psicofísica parcial y permanente del 30,27% que hemos de ponderar para la determinación de la indemnización. No concuerdo con la actora en cuanto a que no resulte de aplicación en el caso la fórmula de Balthazard por las razones que expusiera en el precedente 'Pino c. Amaya' (sentencia de fecha 20/12/2020 correspondiente al Expte. RO-597-C5-15, puntos 3.3.2 y 3.3.3 de mi voto) a cuya lectura me remito.

5.3.6.- Recuerdo que como lo expusiéramos en el caso 'Heredia' (sentencia de fecha 05/06/2020 correspondiente al Expte. A-2RO-652-C9-15), así como en el citado 'Pino c. Amaya', "si bien durante mucho tiempo se siguió una posición muy restrictiva respecto del daño psíquico, indemnizando el mismo como rubro material por el costo del tratamiento y moral en sus otros aspectos, ello ha ido variando en los últimos años y, además existe doctrina legal obligatoria (art. 42 de la ley 5190). En este sentido entre otros pronunciamientos en 'Linares c. Expreso Dos Ciudades' (sentencia del 19/09/2018 correspondiente Expte. N° CS1-308-STJ2017 // 29066/17-STJ) en el voto del Dr. Barotto sin disidencias, se expone: "el daño psicológico resulta parte del daño indemnizable contemplado en la consabida fórmula Pérez Barrientos, de este Cuerpo, porque a diferencia del daño moral, que afecta la dignidad y los afectos pero sin producir incapacidad, el daño psicológico tiene concreta incidencia incapacitante laboral, y por ende, claramente económica en la vida del trabajador afectado. Y se trata el mismo de un tipo de daño respecto del cual la Corte Suprema de Justicia Nacional tiene ya sentado que debe ser reparado de manera autónoma del moral en la medida que asuma condición permanente, es decir, que 'para la indemnización autónoma del daño psíquico respecto del moral, la incapacidad a resarcir es la permanente y no la transitoria, y debe producir una alteración a nivel psíquico que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso' (CSJN, *in re:* 'Coco, Fabián A. c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios', sentencia del 29 de junio de 2004). Agrego además que esta Cámara tuvo oportunidad de abordar un interesante caso en el que se tomó un Desorden Mental Orgánico Postraumático como factor para la determinación de la incapacidad y utilización de la fórmula que aplicamos como doctrina legal al efecto ('Pérez Barrientos' y 'Pérez c. Mansilla'). Refiero al caso 'Arias c. Martínez' (sentencia de fecha 21/06/2017 correspondiente al Expte. N° CA-20898)".

Por otra parte, no podemos soslayar que con la entrada en vigor del Cód. Civil y Comercial, la incapacidad psíquica no solo está expresamente contemplada sino que tiene un tratamiento similar a la incapacidad física (art. 1746 Cód. Civ. y Comercial), lo que aplica al presente.

5.3.7.- Hemos de aplicar entonces la formula determinada como doctrina legal en 'Pérez Barrientos' con la modificación hecha en 'Pérez c. Mansilla y EDERSA' —lo que no ha sido discutido con las partes—, tomando el 30,27% de incapacidad y la edad de 17 años.

En el precedente 'Torres' (sentencia de fecha 20/12/2016 correspondiente al Expte. 28407/16-STJ) el Superior Tribunal de Justicia determinó la necesidad de dividir entre el daño producido antes de que el

menor cumpla los 18 años por el que se establecería un importe único distinto al de aplicación de la fórmula referida y el período posterior. Ahora bien, más allá que aquella doctrina se elaboró sin aplicar el nuevo código, las especiales particularidades del caso en el que el menor estaba trabajando y los escasos meses para cumplir los 18, me llevan a la conveniencia de aplicar el sistema de cálculo que está previsto como herramienta en la página oficial de Internet del Poder Judicial de Río Negro calculando 17 años, reiterando que al respecto no hubo cuestionamiento de las partes.

Respecto de los ingresos he de tomar la suma de $7.748.- que es la remuneración mensual conforme convenio del Colectivo de Trabajo 389/04 (FEHGRA), correspondiente al mes de febrero 2016, para las categorías de mozo y ayudante de cocina que es la actividad que acreditada conforme las testimoniales producidas. Y todo conforme doctrina legal obligatoria (art. 42 ley 5190) emergente del precedente 'Pérez c. Mansilla' al que hiciéramos referencia. Por consiguiente propongo por este rubro utilizando la herramienta que al efecto se provee en la página oficial de Internet de nuestro poder judicial, reconocer la suma de Pesos Un millón setecientos treinta y dos mil trescientos noventa y dos ($1.732.392.-), a tal importe se le agregará intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina prevista en los precedentes 'Jerez', 'Guichaqueo' y 'Fleitas', desde el hecho hasta su efectivo pago.

5.4.1.- En cuanto al 'Daño moral', el escrito de demanda refiere a los padecimientos y sufrimientos del actor que expresa persistirán toda su vida. Cuantifica el daño a la fecha del hecho en la suma $500.000 y/o lo que en más en menos determine como razonable el tribunal en base a la prueba que se produzca, reclamando actualización monetaria e intereses.

No hay duda de la procedencia de la indemnización resultando fundamentalmente el informe pericial psicológico, junto con las testimoniales, demostrativos del impacto que en el área de los sentimientos y aspectos no patrimoniales tuvo el accidente en la persona del actor. A su lectura me remito.

5.4.2.- 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.

Desde el inveterado precedente 'Painemilla c. Trevisán' (Jurisprudencia Condensada, T. IX, p. 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).

Continuando esta línea de razonamiento, y conforme la praxis que ha asumido esta Cámara al justipreciar el rubro daño moral corresponde atender a las indemnizaciones reconocidas en casos similares, aunque parangonando no tanto la expresión numérica sino el poder adquisitivo, circunstancia que se impone frente al pronunciado proceso inflacionario. Recurriendo entonces al compendio de casos en los que se ha receptado el presente rubro, con el objeto de buscar similitudes al que se presenta en autos, podemos mencionar los siguientes: - En 'Mendez c. Chiatti' (sentencia de fecha 22/11/2016 correspondiente al Expte. 32.939), frente a una incapacidad del 30%, reconocimos la suma $300.000.- a valores del 29/04/2016, lo que ascendería aproximadamente al presente, a la suma de $1.765.000.

- En 'Canda' (sentencia de fecha 31/10/2019 correspondiente al Expte. A-2RO-721-C2015), ante una incapacidad del 30% reconocimos la suma de $600.000.- al 07/12/2018, lo que a valores actuales ascendería aproximadamente a $1.670.000.

- En 'Geldres' (sentencia de fecha 10/02/2020 correspondiente al Expte. A VCR-9550-J21-15), ante una incapacidad del 30% reconocimos la suma de $1.100.000 al 04/09/2019, lo que en la actualidad representaría aproximadamente $2.307.000.

- En 'Rivera Acosta' (sentencia de fecha 25/02/2019 correspondiente al Expte. A-2RO-83-C15-13), a un joven de 22 años, con una incapacidad del 30,16%, a valores del 22/06/2018 le reconocimos la suma

de $600.000.- lo que en la actualidad representaría aproximadamente $2.125.000.

Ponderando estos antecedentes, estimo lo más adecuado, asimilar el caso al último de los mencionados y en consecuencia propongo fijar como indemnización a valores actuales la suma de Pesos Dos millones ciento veinticinco mil ($2.125.000.-).

A dicho importe deberá adicionarse los intereses correspondientes desde la fecha del evento —22/02/2016— hasta la presente sentencia a una tasa pura del 8% anual, y a la suma del capital más tales intereses, deberá aplicarse la tasa activa del Banco de la Nación Argentina establecida como doctrina legal en el precedente 'Fleitas', desde el dictado de la sentencia hasta su efectivo pago conforme el criterio que hemos expuesto en 'Chavero c. Federación Patronal' (sentencia de fecha 09/03/2020 correspondiente al Expte. A-2CH-70-C31-17) y que venimos reiterando.

5.5.- Se ha reclamado tratamiento psicoterapéutico y al efecto se ofreció prueba pericial.

La Lic. Shedden expuso en su dictamen, más precisamente a fs. 197, que necesitaría el actor unas 24 sesiones cuyo costo estimó aproximadamente en $1.300.- a valores de agosto de 2019.

Propongo entonces hacer lugar a este rubro por la suma de $31.200.-; importe al que se le agregarán intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina prevista en el precedente 'Fleitas' desde la fecha de presentación del dictamen pericial psicológico (20/08/2019) hasta su efectivo pago.

5.6.1.- Se reclamó también en la demanda en concepto de 'Gastos de traslado, médicos y farmacéuticos', 'la suma de $15.000 o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, intereses desde la fecha del hecho, actualización monetaria y costas'. Se expone que no se cuenta con totalidad de las boletas de los gastos en que incurrió, pero es evidente que tuvo que erogar de su propio peculio para afrontar los rubros mencionados, y poder intentar reparar así, las lesiones sufridas. Transcribe doctrina y jurisprudencia que considera apontoca su reclamo.

5.6.2.- El reconocimiento de este tipo de gastos, más allá de la existencia o no de facturación u otros instrumentos que lo acrediten con precisión, es pacíficamente reconocido por la doctrina y jurisprudencia, criterio del que viene participando esta cámara desde época inmemorial, aunque obviamente limitado a lo que resulte razonable de acuerdo a las particularidades de cada caso y la prudente justipreciación hecha en los términos del art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Comercial pues de lo contrario incurriríamos en arbitrariedad (conf. CS, 30/04/1996, LA LEY, 1996-D, 474).

No considero en nada desmedida la suma pretendida en orden a los tratamientos y situación por la que atravesó el actor como consecuencia de las lesiones, por lo que he de propiciar acoger el rubro por la suma de Pesos Quince mil ($15.000.-) agregándose intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina prevista en los precedentes 'Jerez', 'Guichaqueo' y 'Fleitas', desde el hecho hasta su efectivo pago.

6.1.- En cuanto a las costas del proceso, en mi propuesta, siguiendo el criterio objetivo de la derrota, directriz general que estable el art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, se imponen a las partes demandadas y citada en garantía.

6.2.1.- Respecto de los honorarios, en lo que concierne a los de primera instancia, observando la doctrina legal establecida por el cimero tribunal provincial en el precedente 'Mazzuchelli' en torno a la aplicación del art. 77 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, los honorarios del letrado del actor y los de los peritos, se sujetarán en conjunto al límite del 25% del monto base.

El monto base estará compuesto por el importe de las indemnizaciones reconocidas por los distintos rubros, más los intereses propuestos y he de postular la regulación en porcentuales que se aplicará sobre aquel importe.

En cuanto a los honorarios del Dr. Ariel Balladini que actuó en el doble carácter en representación del actor, tengo en cuenta el éxito obtenido, la calidad e importancia de su labor, así como las demás pautas previstas por el art. 6 de la ley G 2212. En cuanto a la extensión de su trabajo, si bien se reconoce que actuó en las tres etapas del proceso ordinario, el alegato no cumple el nivel de profundidad y detalle esperable, toda vez que realiza menciones genéricas sobre las pruebas, prácticamente sin precisiones. Es de esperar que en tal escrito se concreten las referencias respecto del aporte de cada una de las pruebas producidas con señalamiento de cada una de ellas en particular y no de modo genérico.

En lo que concierne a la labor pericial, se aprecia que la pericial accidentológica no pudo en el caso contribuir al esclarecimiento del caso por falta de elementos al efecto, por lo que siguiendo la directriz de la ley 5069 (art. 20) propondré regularle honorarios en un 50% de lo que le hubiere correspondido de haberse podido realizar.

Por otra parte, en lo que concierne a la actuación del perito médico, si bien ha resultado de utilidad

para la solución del caso, cabe ponderar que realizó inicialmente un informé incompleto que motivó impugnaciones de las partes, generando un dispendio que bien podría haberse evitado. Considero también que es menester recordar al profesional que está llamado a esclarecer al tribunal y a las partes sobre materias ajenas al derecho y no basta una escueta señalización de diagnósticos y porcentuales de incapacidad según baremos, sino que es menester que ilustre sobre la materia, de modo de convencer sobre las conclusiones a las que llega, no por simple confianza en su experticia, sino porque resulta una derivación razonada de la ciencia médica o de la que corresponda, con adecuada bibliografía que pueda ser consultada al efecto. Agrego asimismo, que resulta impropio del perito, descalificar a los demás operadores del servicio de justicia —en el caso, los abogados de las partes— por ser legos cuando además —como en el caso—, los interrogantes y dudas que generó en el lego, es por falta de adecuada información y explicaciones en un informe pericial notoriamente insuficiente.

En este sentido, la diferencia de los informes de la pericial médica y la pericial psicológica, es muy marcada y debe necesariamente ser ello tenido en cuenta a la hora de expedirnos sobre la retribución de los peritos.

Conforme lo que he venido exponiendo, propongo regular al Dr. Ariel Balladini por su actuación durante la primera instancia, un 16%, al la Lic. Cecilia Mariela Shedden un 4%, al Dr. Jorge Arturo Bazzo un 3% y a la Lic. Diana Minio un 2%.

En cuanto a los honorarios del Dr. Carlos Nielsen, he de ponderar su actuación en el doble carácter por el litisconsorcio integrado por ambas empresas demandadas y la citada en garantía y su actuación en las dos primeras etapas del proceso. Propongo regularle un 14%. 6.2.2.- Finalmente, en lo que respecta a los honorarios de segunda instancia, teniendo en cuenta el resultado, calidad, extensión y demás pautas de mérito del art. 6 de la ley G 2212, así como la escala del art. 15 de esta, propongo regular los honorarios del Dr. Airel Balladini y los del Dr. Carlos Nielsen, en el 25% y 35%, respectivamente, a calcular sobre los respectivos honorarios de primera instancia.

7.- Resumiendo entonces, de compartirse el criterio del suscripto, la Cámara resolvería: a) Haciendo lugar al recurso de la parte actora, declarar la nulidad de la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 30/11/2021; b) Hacer lugar a la demandada interpuesta por el Sr. Josué Sanhueza, condenando a las demandadas C C Sapag SA, Vial Agro SA y La mercantil Andina compañía de Seguros SA —en la medida del seguro— para que en forma solidaria, abonen al actor, los importes indemnizatorios referidos precedentemente con más los intereses establecidos en cada caso y las costas del proceso, en el término de diez días de firme esta sentencia; c) Costas de ambas instancias a las demandadas y aseguradora citada en garantía, regulando honorarios conforme se expone en los puntos 6.2.1 y 6.2.2. Tal mi voto.

El doctor *Soto* dijo:

Que adhiero en lo sustancial a los fundamentos expuestos por el doctor *Martínez*, tal mi voto.

El doctor *Maugeri* dijo:

Que atendiendo a la coincidencia de opinión de los dos primeros votantes, se abstiene de emitir su opinión (art. 271 CPC).

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería, resuelve: I. Haciendo lugar al recurso de la parte actora, declarar la nulidad de la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 30/11/2021; II. Hacer lugar a la demandada interpuesta por el Sr. Josué Sanhueza, condenando a las demandadas C C Sapag SA, Vial Agro SA y La mercantil Andina compañía de Seguros SA —en la medida del seguro— para que en forma solidaria, abonen al actor, los importes indemnizatorios referidos precedentemente con más los intereses establecidos en cada caso y las costas del proceso, en el término de diez días de firme esta sentencia; III. Costas de ambas instancias a las demandadas y aseguradora citada en garantía, regulando honorarios conforme se expone en los puntos 6.2.1 y 6.2.2 del primer voto. Regístrese, notifíquese por secretaría y vuelvan. — *Gustavo A. Martínez.* — *Víctor D. Soto.* — *Dino D. Maugeri* (en abstención).

DEFENSA DEL CONSUMIDOR. DAÑO PUNITIVO

Pan publicado como 100% integral. Condena impuesta a la panificadora y a la comercializadora. Reintegro del monto abonado. Disidencia parcial.

1. — Dable es razonar que la frustración de la expectativa puesta en un producto elaborado por una panificadora de reconocida trayectoria y vendido en una importante cadena de supermercados no puede quedar limitada a una simple molestia en la esfera interna de la actora cuando se trata de un bien destinado al consumo humano y que se ofrecía con la particularidad de ser "100% integral".

2. — Es perceptible en la especie que la adquisición de un producto cuya composición no se condice exactamente con su descripción frontal de grandes y llamativos caracteres bien pudo generar en el ánimo de la actora sinsabor, ansiedad y molestias que de algún modo trascendieron la normal adversidad que en la vida cotidiana se verifica frente a contingencias ordinarias. Las circunstancias apuntadas justifican la revocación de este aspecto del veredicto de grado y la concesión de una indemnización por daño moral por la suma de $10.000, monto valuado a la fecha de este pronunciamiento.

3. — El ofrecimiento y comercialización por parte de las demandadas de un producto alimentario de consumo masivo que se exhibe en relación a su composición con características que no se condicen con su real integración, constituye un grave y objetivo incumplimiento de la exigencia establecida en el art. 52 bis de la LDC. Repárese que teniendo en consideración el carácter de super especialistas en la elaboración y venta de alimentos, no han brindado las defendidas una mínima justificación que diese cuenta de las razones de su reprochable conducta.

4. — No cabe soslayar que la fabricación y comercialización de un producto en las apuntadas condiciones, puede conllevar a generar un potencial daño a los consumidores que lo adquieren e ingieren en la convicción de que no posee otro ingrediente más allá de la harina integral, al ser promocionado en su frente como "100% integral" aunque en su real composición ostente solo 57 partes.

5. — Si el daño punitivo cumple -entre otras- una función disuasoria y ejemplarizadora y no guarda estricta relación con los perjuicios derivados del obrar del proveedor, su concreta determinación debe adecuarse a aquella finalidad con sujeción, por cierto, de los parámetros que proveen al efecto el art. 52 bis de la ley 24.240 que alude al incumplimiento de obligaciones de fuente contractual, y el art. 49 que, en particular, refiere al grado de intencionalidad y los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, aspectos todos ellos aplicables a la relación de consumo materia de controversia en esta causa. En esa inteligencia, estimo adecuada la propuesta de fijar la multa civil en la suma de $100.000 teniendo en cuenta la actividad profesional de la demandada que se caracteriza por un alto componente social y la posible existencia de reclamos múltiples originados en la misma infracción (del voto del Dr. Barreiro).

6. — No ha sido debidamente demostrado que la actora haya sufrido un daño moral que resulte resarcible por haber adquirido el producto fabricado por la panificadora demandada y comercializado por la codemandada (del voto en disidencia parcial del Dr. Lucchelli).

7. — No debería admitirse, en este caso en particular, el reclamo por daños punitivos. Si bien el fabricante del producto adquirido por la demandante incluyó un término que no se correspondía estrictamente con la realidad en su estrategia de comercialización, en tanto ha sido reconocido por la experta que el pan vendido era efectivamente integral y que si el producto fuese 100% integral no sería agradable para el consumo, no encuentro que la falta sea motivo suficiente para aplicar la sanción prevista en el art. 52 bis, LDC. Más allá de la referencia equívoca, la real composición del pan estaba mencionada en el envase y que el producto había sido sometido a la aprobación de las autoridades competentes, lo que permite inferir que no hubo peligro para la salud de la actora o de los demás consumidores. De allí que no encuentro que, en este caso particular, el fabricante o quienes lo comercializan hayan obrado con un grave menosprecio por los derechos de los consumidores, que justifique la aplicación de la sanción prevista en la norma (del voto en disidencia parcial del Dr. Lucchelli).

CNCom., sala F, 09/08/2021. - Louis, Mariela Alejandra c. Compañía de Alimentos Fargo SA y otro s/ ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/117924/2021]

Expte. n° COM 024304/2017/CA001

Buenos Aires, 9 de agosto de 2021.

¿Es arreglada a derecho la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2020?

La doctora *Tevez* dice:

I. Antecedentes de la causa.

a. Mariela Alejandra Louis (en adelante, "Louis") inició demanda contra Compañía de Alimentos Fargo S.A. (en adelante, "Fargo") y Coto Centro Integral de Comercialización S.A. (en adelante, "Coto") por daños y perjuicios que cuantificó en $100.800 y soli-

citó la aplicación de una multa por daño punitivo por $2.000.000.

Explicó que el 12.6.17 adquirió en un local de la cadena de supermercados Coto un pan marca Fargo que en el frente de su envoltorio era ofrecido como "100% integral". No obstante, dijo que al llegar a su domicilio y leer detenidamente al dorso del mismo advirtió que su composición no cumplía con cuanto se informaba al frente.

En tal sentido sostuvo que en su composición el primer ingrediente que se nombraba era "agua" y no "harina de trigo integral", la que recién aparece como segundo ingrediente; y agregó que no se describe el porcentaje de este componente.

Añadió que también se consigna por separado el "germen de trigo" y "salvado de trigo", cuando sostuvo que ambos deberían estar contenidos al molerse o producirse la "harina de trigo integral", que consiste en la molienda del grano de trigo entero con sus tres componentes (el salvado con el endospermo y el germen de trigo). Ello a su entender genera serias dudas sobre las porciones nutritivas naturales que todo pan vestido de integral debe tener.

Señaló que dichas inconsistencias se corroboran al aplicársele al producto los aditamentos previstos en la ley 25.630, dado que muchos de ellos ya son contenidos como nutrientes naturales de la harina de trigo integral, con lo que también se produce un desequilibrio en los beneficios y porcentajes naturales.

Reputó la información contenida en el producto como insuficiente, confusa, contradictoria y engañosa en flagrante violación a lo establecido en el art. 4 de la ley 24.240. Sostuvo que tal infracción se proyecta a la totalidad de los consumidores.

Dijo que la empresa Bimbo, propietaria de Fargo, ya fue sancionada en otros países por esta misma falsa información.

Fundó la responsabilidad de Coto por haber vendido el producto y continuar comercializándolo una vez celebrada la audiencia de conciliación.

Reclamó: i) la restitución de $80 como precio de compra del producto, ii) la indemnización del daño moral, que cuantificó en $100.000, y iii) la aplicación de una multa por daño punitivo por $2.000.000.

Finalmente ofreció prueba y fundó en derecho su reclamo.

b. En fs. 37/57 Coto se presentó en el proceso y opuso inicialmente excepción de falta de legitimación pasiva.

Sostuvo que el art. 6 de la ley 22.802 de Lealtad Comercial establece que el comerciante solo será responsable de la veracidad de las indicaciones consignadas en los rótulos cuando no exhiban la documentación que individualice fehacientemente a los verdaderos responsables de su fabricación, fraccionamiento, importación o comercialización.

Tras ello formuló una negativa detallada de los hechos expuestos por la actora y procedió a contestar la demanda.

Desconoció que el pan en cuestión hubiera sido adquirido en uno de sus establecimientos.

Hizo hincapié en la ausencia de los elementos de atribución de responsabilidad y resistió tanto la pretensión de los rubros indemnizatorios reclamados como la procedencia de la aplicación de una multa por daño punitivo.

En subsidio, para el caso que el actor desistiera de la demanda contra Fargo, solicitó su citación en los términos del Cpr. 94.

Finalmente ofreció prueba.

c. Fargo se presentó según escritos incorporados en fs. 86/96, 71/76, 67/70 y 80/85 y opuso excepción de falta de legitimación activa.

Sostuvo que la demandante no consumió el producto y que fue utilizado como prueba sin padecer un daño particular por lo que, eventualmente y por tratarse de un interés difuso, solo podría efectuar denuncia a la autoridad de aplicación o asociación de consumidores para que encausen el reclamo en una acción colectiva.

Seguidamente contestó demanda.

Explicó que de acuerdo al código alimentario un pan integral puede ser considerado como tal cuando contiene iguales cantidades de harina triple cero y harina integral (art. 735). No obstante, señaló que el producto que elabora su parte y fuera adquirido por la actora presenta mayor cantidad de harina integral (57 partes), otorgándole un mejor perfil nutricional, por lo que no hay motivos para que la denominación "Pan Integral" no fuera aprobada.

Destacó luego la ausencia de daño concreto o potencial que habilite un reclamo indemnizatorio y sostuvo la correcta rotulación del producto.

Indicó que la actora no afirmó haber consumido el pan y que la primera adquisición fue para pre constituir prueba y la segunda para extender la pretendida responsabilidad a Coto.

Resistió la procedencia de los rubros indemnizatorios pretendidos e indicó que el presente reclamo forma parte de la "industria del juicio".

Finalmente ofreció prueba en sustento de su defensa.

c. A su turno el actor contestó las excepciones opuestas por las demandadas (fs. 63/65 y 101/102) y el a quo por resolución del 27.4.18 dispuso diferir su tratamiento para el momento de dictar sentencia, por no resultar inicialmente manifiestas.

II. La sentencia de primera instancia.

La a quo dictó sentencia el 27 de noviembre de 2020 haciendo lugar parcialmente al reclamo del actor y condenando a ambas demandadas al pago de $80, intereses y costas.

Para así decidir inicialmente halló acreditada la adquisición por parte de Louis del producto marca Fargo en uno de los establecimientos de Coto. De allí que desestimó las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva y encuadró el vínculo jurídico habido entre las partes en una relación de consumo a la que le resultan aplicables las disposiciones en la materia.

Tras ello juzgó que la oferta de un pan "100% integral" no se ajusta a la realidad del producto. Ello así, a la luz de lo dictaminado por la perito ingeniera en alimentos y las impugnaciones a su pericia (fs. 211/214, 216/219, 227/228, 232/233 y 235/236), que revelan que no hay exactitud entre la descripción habida en el frente del envase del producto y su composición.

Señaló que el modo en que se ofertó bien pudo determinar la elección de este producto por sobre otros, circunstancia que permite asumir que se trata de una diferencia de calidad de entidad suficiente para habilitar la pretensión esgrimida.

En tales circunstancias encontró a la actora habilitada para ejercer la opción prevista en la LDC:10 inc. c y demandar la restitución de lo abonado. No obstante, desechó el reclamo por daño moral al juzgar que no se aprecia el hecho susceptible de generar una lesión a los sentimientos personales de la actora que excedan las meras molestias, además de no haber sido demostrada su ocurrencia.

De otro lado desestimó la aplicación de una multa por daño punitivo. Empero, dispuso el libramiento de oficio a la ANMAT a fin de informarle el contenido de la sentencia, a los fines que estime pertinentes.

III. El recurso.

Contra tal pronunciamiento apeló el accionante según escrito incorporado al sistema informático el 2.12.20 y su recurso fue concedido libremente en la misma fecha.

Los agravios fueron presentados de modo digital el 12.3.21 y merecieron respuesta de Coto el 23.3.21 y Fargo el 30.3.21.

El 14.4.21 se incorporó el dictamen de la representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara.

Con fecha 15.4.21 se llamaron los autos para dictar sentencia en el orden establecido de acuerdo al sorteo previsto en el art. 268 del Cpr. practicado 29.4.21.

IV. Los agravios.

Las quejas de la actora se dirigen contra la desestimación del reclamo indemnizatorio por daño moral y multa por daño punitivo.

V. La solución.

a. Aclaración preliminar.

En atención a cuanto fuera decidido en el veredicto de grado y dada la ausencia de interposición de recurso por parte de las accionadas, se encuentra firme y con carácter de cosa juzgada en esta instancia que: a) la actora adquirió el producto marca Fargo en uno de los establecimientos de Coto, b) el vínculo jurídico habido entre las partes es encuadrable en una relación de consumo a la que le resultan aplicables las disposiciones pertinentes, c) la oferta de un pan "100% integral" no se ajustó a la realidad del producto desde que no hay exactitud entre la descripción habida en el frente del envase y su real composición, d) el modo en que se ofertó bien pudo determinar la elección en el consumidor de este producto por sobre otros, e) la actora se encontró habilitada para ejercer la opción prevista en la LDC:10 inc. c por lo que se le debe restituir la suma de $80 que abonó, y f) corresponde librar un oficio a la ANMAT con el objeto de informar el contenido de la sentencia a los fines que dicho organismo estime pertinentes.

b. Admisibilidad del recurso.

b.1. Sentado lo anterior, advierto que en el caso resultaría prima facie aplicable el cuarto párrafo del Cpr. 242, lo que conllevaría a declarar la inapelabilidad del fallo recurrido.

Recuérdese que dicha norma establece que: "A los efectos de determinar la inapelabilidad de una sentencia o resolución, se estará al monto que rija en la fecha de presentación de la demanda o de la reconvención. Si al momento de dictarse la sentencia se

reconociera una suma inferior en un VEINTE POR CIENTO (20%) a la reclamada por las partes, la inapelabilidad se determinará de conformidad con el capital que en definitiva se reconozca en la sentencia"

Y resulta prístino que Louis demandó por $2.100.080 (pesos dos millones cien mil ochenta) mientras que la suma reconocida en la sentencia de grado alcanzó a $80 (pesos ochenta). De allí que se configuraría el supuesto previsto en la norma y cabría declarar la inaudibilidad del recurso en cuestión.

No obstante, ya tuve oportunidad de expedirme en punto a la constitucionalidad de tal previsión normativa al emitir mis votos ante esta Sala F en los autos "Miranda Galeano Catalina c/ Telecom Personal S.A. s/ ordinario" el 19.9.2013, "Canepa Dante Darío y otros c/ Ati S.A. Empresa de Viajes y Turismo s/ ordinario" y "Grillo Raquel María c/ Maynar Ag S.A. y otros s/ ordinario", ambas el 7.7.2016.

Sostuve allí, luego de examinar los antecedentes legislativos que dieron origen a la ley 26.536 que receptó el nuevo texto del artículo 242 del Cpr., que la incorporación de aquel párrafo tuvo por objetivo castigar la injustificada elevación del monto de la pretensión ensayada con la finalidad de sortear los límites económicos impuestos a la apelación.

Dije también que parece claro que lo que pretendió el legislador, al incorporar tal alternativa de apelabilidad, era sancionar la plus petición en que incurriere la demanda, vedando, en ese supuesto, la revisión del caso por la Alzada.

Destaqué que a la misma conclusión arribó cierto sector de la doctrina procesalista (Kielmanovich, Jorge L., "Breves comentarios sobre el nuevo art. 242 CPCCN (ley 26.536", Lexis nexis nº 0003/014801; Peyrano, Jorge, "Las nuevas pautas económicas exigibles para franquear la instancia de apelación (artículo 242 CPCCN)", La Ley 2010-B, 524; Kiper, Claudio L., "El nuevo monto mínimo para apelar", La Ley, 2010-A, 1008; entre otros).

Así las cosas, señalo -tal como lo hice en aquella oportunidad- que en la hipótesis de que se aplicara al *sub lite* la previsión legal sin cortapisas, debería concluir que el supuesto de autos es inapelable. En efecto, obsérvese que: i) pretendió la actora en su escrito de inicio obtener el cobro de $2.100.080 (pesos dos millones cien mil ochenta), ii) el 20% asciende a $420.016 (pesos cuatrocientos veinte mil dieciséis), iii) el monto de la condena resulta inferior a aquella suma -$80- y, a su vez, se halla por debajo del límite mínimo de apelabilidad vigente al momento de la presentación de la demanda ($90.000, conf. Ac. 45/2016).

b.2. No obstante lo anterior, debo decir que razones fundamentalmente ligadas a garantías constitucionales y a la interpretación que cabe otorgar al cuarto párrafo del cpr.:242 -a la que "infra" me referiré-, impiden la adopción de aquella solución.

Me explico.

Como quedó dicho, la norma en cuestión tiene por finalidad sancionar la conducta de quien eleva injustificadamente el monto de su reclamo con el objeto de sortear el límite de apelabilidad. En tal caso, se veda la posibilidad de revisión de la actuación por parte de la Alzada.

Ahora bien.

Advierto en ello una cuestión basilar: la ilegitimidad de la premisa implícita que sirve de antecedente a la norma para considerar inapelable el reclamo.

En efecto, obsérvese que para sustentar la "lógica" -en sentido técnico- de la norma, debe partirse de la base de que se presume que la actora incrementó injustificadamente el monto reclamado como artilugio procesal para evitar la instancia única.

Y tal situación se agrava cuando se advierte que se considera a tal premisa como verdadera y absoluta, sin otorgar alternativa alguna al justiciable para demostrar lo contrario. Ello pues, de acontecer la ecuación matemática que plantea la norma, el juzgador deberá declarar sin cortapistas inaudible el recurso, sin antes haber tenido la posibilidad de analizar la legitimidad del reclamo.

Esta proposición absoluta que presume ilegítima la pretensión deducida solo con base en fórmulas matemáticas, así como la grave sanción impuesta –inaudibilidad del recurso- transforman al cuarto párrafo del art. 242 del Cpr. en el *sub lite* en inconstitucional.

Ello así, por violentar el derecho de defensa en juicio y – especialmente- el principio de inocencia, garantías previstas en el art. 18 de la CN y en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 de la CN).

En efecto.

Tras haber efectuado un pormenorizado estudio de la causa con carácter previo a la emisión del presente voto, estoy convencida de que no ha sido acreditado, en el caso, que la cuantificación del reclamo de la actora hubiera tenido por objeto sortear injustificadamente el límite de la apelabilidad.

Si bien no se me escapa que Louis no objetó ni impugnó la constitucionalidad del cuarto párrafo del art.

242 del cpr., ello no impide decidir del modo anticipado. Así porque los magistrados ostentan la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma ex officio, es decir, sin petición de parte (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Banco Comercial de Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra", del 19.08.04 (Fallo 327:3117); "Municipalidad de la Capital c. Elortondo, Isabel", del 14.04.1888 (Fallos 33:162); "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", del 27.11.12).

Como señaló el Alto Tribunal in re: "Municipalidad de la Capital c. Elortondo, Isabel", antes citado (Fallos 33:162), "... es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos".

Una fuente de este razonamiento puede encontrarse en el conocido caso "Marbury vs. Madison", en el que la Suprema Corte estadounidense señala que "... la terminología especial de la Constitución de los EEUU confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda constitución escrita, de que la ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por este instrumento".

La declaración de inconstitucionalidad, como sostiene Sagües, constituye un derecho y un deber para la judicatura: es una tarea suprema y fundamental para los magistrados judiciales; y una función moderadora a cargo del Poder Judicial, esto es, de control respecto de los demás poderes del Estado" (Sagües, Néstor Pedro, "Derecho Procesal Constitucional", Astrea, 1992, t.I p. 104).

En el citado caso "Municipalidad de la Capital c. Elortondo", nuestra Corte resuelve el origen de esta atribución de control: "...es un derivado forzoso de la separación de los Poderes Constituyente y Legislativo ordinario, que hace la Constitución, y de la naturaleza esencialmente subordinada y limitada de este último...". Y agrega más adelante que: "toda vez, sin embargo, que aquel cuerpo (el Congreso) claramente exceda los límites de su atribución constitucional, los tribunales están en el deber de ejercitar su acción en protección y garantía del derecho individual agredido..".

En tal sentido, juzgo que corresponde aquí declarar la inconstitucionalidad de la norma antes referida. No se trata, se reitera, de una facultad sino de un deber que le es asignado al Poder Judicial a los fines de resguardar la supremacía de la Constitución Nacional prevista en el art. 31 de la CN (conf. Sagües, Néstor P., "La prohibición de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas un problema de sociología judicial", LL 1981, A, p. 841; idem, "Gelli, María Angélica, "La declaración de inconstitucionalidad de oficio. Fundamentos y Alcances", LL 2013, A, p. 25).

b.3. Consecuentemente y a los fines de establecer la audibilidad del recurso, deberá estarse al monto cuestionado en último término, de acuerdo a los nuevos límites económicos dispuestos por la ley 26.536 y Ac. 45/2016 CSJN.

En tal sentido, el monto comprometido en el recurso excede la suma prevista por el actual art. 242 del Código Procesal ($90.000), razón por la cual es admisible la vía recursiva.

b. Daño moral.

Se alzó la actora contra la desestimación de su reclamo por daño moral. Recuerdo que reclamó por este rubro $100.000 o el importe que en más o en menos se determine y que la a quo, para desestimar la pretensión, considero que en el caso no se había demostrado la existencia de un agravio moral indemnizable, a la vez que no surgía "in re ipsa" del hecho fundante de la pretensión.

Sostuvo Louis en sus agravios que se falló en base a afirmaciones dogmáticas, existe un comprobado engaño en el rótulo del producto consumándose una infracción al deber de información (LDC:4) y publicidad falsa (CCyCN:1101), a la vez que se incumplió el contrato de consumo. Señaló además los efectos vinculantes de la publicación (CCyCN:1103), la exigencia de trato digno (LDC 8 bis y CCyCN:1097) y que no debe ser probada la ocurrencia del daño moral por surgir notorio de los propios hechos (CCyCN:1744).

Tengo dicho con anterioridad que el daño moral es un perjuicio que aprehende el orden jurídico. Y es así en la medida en que lesiona los bienes más preciados de la persona humana, al alterar el equilibrio de espíritu. Toda persona vive en estado de equilibrio espiritual y tiene derecho a permanecer en ese estado; las alteraciones anímicamente perjudiciales deben ser resarcidas (v. mi voto en esta Sala, "Oriti, Lorenzo Carlos c/ Volkswagen Argentina S.A. y otro s/ ordinario", del 01.03.11).

Y esa modificación disvaliosa del espíritu no corresponde identificarla exclusivamente con el dolor porque pueden suceder, como resultas de la interferencia antijurídica, otras conmociones espirituales: la preocupación intensa, la aguda irritación vivencial y otras alteraciones que, por su grado, hieren razonablemente el equilibrio referido (Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad por Daños, t. V, págs. 53/4, Ed. Rubinzal – Culzoni, 1999).

Por otro lado, no desconozco que cuando el daño moral tiene origen contractual debe ser apreciado con criterio estricto, desde que generalmente en ese ámbito de interacción humana solo se afectan intereses pecuniarios. En este sentido, corresponde a quien reclama la indemnización la prueba de su existencia, es decir, la acreditación de las circunstancias fácticas susceptibles de llevar al ánimo del juzgador la certidumbre de que la actitud del incumplidor provocó un efectivo menoscabo de su patrimonio moral. Ello pues, de su mismo concepto se desprende que el mero incumplimiento contractual no basta para admitir su procedencia (v. mis votos en los autos "Miani Luis Fabio c/ Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A. s/ ordinario", del 12.2.19 y "Marotta Germán Ricardo c/ LG Electronics S.A. s/ ordinario", del 19.2.19, entre muchos, a los que me remito a fin de evitar alongar en demasía este voto).

Desde las antedichas perspectivas conceptuales dable es razonar que la frustración de la expectativa puesta en un producto elaborado por una panificadora de reconocida trayectoria y vendido en una importante cadena de supermercados no puede quedar limitada a una simple molestia en la esfera interna de la actora cuando se trata de un bien destinado al consumo humano y que se ofrecía con la particularidad de ser "100% integral".

Es perceptible en la especie que la adquisición de un producto cuya composición no se condice exactamente con su descripción frontal de grandes y llamativos caracteres -aspecto que por cierto se encuentra juzgado y firme como dije al comienzo de mi voto- bien pudo generar en el ánimo de la actora sinsabor, ansiedad y molestias que de algún modo trascendieron la normal adversidad que en la vida cotidiana se verifica frente a contingencias ordinarias.

A lo anterior cabe agregar que la exigencia de certeza del daño debe ser adaptada al supuesto del daño moral posible en el sector del derecho del consumidor dado que no se trata de un daño que pueda ser probado en base a pautas objetivas y materialmente verificables de acuerdo a las circunstancias del caso (conf. esta Sala F, en los autos conf. esta Sala F, en los autos "Bovina Giorgio Vanesa Paula c/ Peugeot Citroën Argentina SA y otros s/ ordinario", del 29/11/16; íd. "Yagi Adolfo c/ Guido Guidi S.A. y otro s/ sumarísimo", del 15/05/18., íd. "Stekelorum Fabián Oscar c/ Ulmo S.R.L. s/ ordinario", del 27/09/18; íd., "Cresta, Alberto Jorge c/ Samsung Electronics Argentina S.A. y otro s/ ordinario", del 11/10/18, "Alvarez Paula Lorena C/ Liderar Compañía General De Seguros S.A. S/ Ordinario", del 5/12/19, entre otros).

Los autores han sostenido que "se puede sufrir un daño moral (afectación de los sentimientos) por causas contempladas en la LDC específicamente, omisión de información; trato indigno; mera inclusión de cláusulas abusivas, etc. y en segundo lugar, estas causas solo pueden constituir una afectación de los sentimientos, es decir, daño moral autónomo del derecho económico" (Ghersi, Carlos; "Las relaciones en el derecho del consumo especialmente la responsabilidad y el daño moral", LLC2013 (marzo), 133).

Todas las circunstancias anteriormente apuntadas justifican la revocación de este aspecto del veredicto de grado y la concesión de una indemnización por daño moral por la suma de $10.000 (Cpr. 165), monto valuado la fecha de este pronunciamiento.

En relación a la tasa de interés que corresponde otorgar cuando, como en el caso, el daño moral fue valuado al tiempo de dictar sentencia solo corresponde establecer accesorios representativos de una tasa de interés pura que compensen solo la mora del deudor (conf., CSJN., "Sontag Bruno y otro c/ Banco de Galicia y Buenos Aires SA", del el 5/4/2005; "Insaurralde Jorge Raúl y otro c/ Transportes Olivos SACI y F y otro", del 16.11.09; esta Sala, "Rozanski Horacio Miguel c/ Banco Mercantil Argentino y otros s/ordinario", del 22.05.12., "Artes Gráficas Modernas y otros c/ Tattersall de Palermo S.A. s/ ordinario", 07.03.13; "Quintana Milciades Flora c/ Nosis Laboratorio de Investigación y Desarrollo S.A. s/ ordinario", del 10.09.13; "Santarelli, Héctor Luis c/ Mapfre S.A. s/ ordinario", del 08.05.14; "Podesta, Arturo Jorge c/ Caja de Seguros S.A. y otro s/ ordinario", 18.02.14; "Campos, Horacio Angel c/HSBC Bank Argentina S.A. s/ ordinario", del 03.07.14).

Así las cosas, corresponde establecer una tasa pura correlativa del 6% anual desde la mora que fijó la a quo hasta el instante que se indicó como de cumplimiento de la sentencia y, luego, la tasa activa fijada en la sentencia de la anterior instancia.

c. Daño punitivo.

c.1. Finalmente cuestionó Louis la desestimación de la aplicación de una multa por daño punitivo.

c.2. Sabido es que el art. 52 bis de la LDC modificada por la ley 26.361-B.O.: 7.4.08-, incorporó a nuestro derecho positivo la figura del "daño punitivo".

Dispone la norma textualmente: "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".

Ahora bien. Tal como precisé en otras oportunidades (v. mis votos en los autos "Dubourg Marcelo Adrián c/ La Caja de Seguros S.A. s/ ordinario", del 18.2.14; "Santarelli Héctor Luis y otro c/ Mapfre S.A. de Seguros s/ ordinario" del 24.9.15; "García Guillermo Enrique c/ Bankboston N.A. y otros s/ sumarísimo"; "Díaz Víctor Alcides c/ Fiat Auto S.A. de Ahorro para fines determinados y otros s/ ordinario", del 20.10.15; y "Andrada Jorge Daniel c/ Provincia Seguros S.A. y otro s/ ordinario", del 14.9.17), la reforma legislativa conllevó una modificación en la concepción de la responsabilidad civil de nuestro sistema codificado, que posee como presupuesto la idea de la reparación integral y plena del perjuicio causado.

Como allí sostuve, los daños punitivos son, según Pizarro, "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, y están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (Pizarro, Ramón, "Daños punitivos", en Derecho de Daños, segunda parte, Libro homenaje al Prof. Félix Trigo Represas, La Rocca, 1993, pág. 291/2).

Conforme con la norma antes transcripta la concesión de daños punitivos presupone: (i) el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales; (ii) la petición del damnificado; (iii) la atribución del magistrado para decidir su otorgamiento; (iv) la concesión en beneficio del consumidor; y (v) el límite cuantitativo determinado por el art. 47 de la ley 24.240.

Sin perjuicio de destacar que el incumplimiento de una obligación legal o contractual es una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva -ya que, además, debe mediar culpa grave o dolo del sancionado, la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o evidenciarse un grave menosprecio por los derechos individuales del consumidor o de incidencia colectiva; cfr. López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis", Ley de Defensa del Consumidor, JA 2008-II-1198; Pizarro, - Stiglitz, "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL 2009-B, 949-, la norma aludida indica que a los fines de la sanción deberá tomarse en cuenta "la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso".

De allí que para establecer no solo la graduación de la sanción sino también su procedencia, resulta de aplicación analógica lo establecido por el artículo 49 de la ley (cfr. Tevez, Alejandra N. y Souto, María Virginia, "Algunas reflexiones sobre la naturaleza y las funciones del daño punitivo en la ley de defensa del consumidor", RDCO 2013-B-668).

Véase que, en efecto, no obstante aludir puntualmente a las sanciones administrativas, se fija un principio de valoración de la sanción prevista por la norma (López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis", Ley de Defensa del Consumidor, JA 2008-II- 1198; Falco, Guillermo, "Cuantificación del daño punitivo", LL 23/11/2011, 1).

Establece aquella disposición que: "En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho".

Resáltese que la conducta reprochada es la del fabricante o proveedor que realiza un cálculo previo, a sabiendas de que el producto o servicio ofrecido puede ocasionar un daño; y mediante el cual se asegura que, descontando las indemnizaciones, tendrá aún un beneficio que redundará en ganancia (López Herrera, Edgardo, op. cit.).

Se trata, en definitiva, de supuestos en los que fabricantes o proveedores utilizan esa técnica -y este dato es muy importante- de modo permanente y como una forma de financiarse mediante sus consumidores (Colombres, Fernando M., "Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa", LL DJ 19/10/2011, 1). Ello así, a través de una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por indiferencia hacia el prójimo, desidia o abuso de una posición de privilegio (Zavala de González, Matilde, "Actuaciones por daños", Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 332).

Mas, en rigor, el análisis no debe concluir solo en el art. 52 bis. Es que el art. 8 bis refiere al trato digno

hacia el consumidor y a prácticas abusivas de los proveedores y, en su última parte, dice: "Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma..." (Ferrer, Germán Luis, "La responsabilidad de administradores societarios y los daños punitivos", Diario La Ley del 24.10.11).

La previsión legal del art. 8 bis de la LDC resulta plausible. Ello así, tanto desde el punto de vista de los consumidores que han sido víctimas de un daño, cuanto desde la perspectiva de los jueces que deben decidir si cabe responsabilizar al proveedor frente a supuestos no tipificados -como la demora excesiva o el maltrato en la atención al usuario, por citar algunos ejemplos-. Es que la lesión al interés del consumidor puede surgir, en los hechos, no solo por el contenido de una cláusula contractual o del modo en que ella sea aplicada, sino también de comportamientos no descriptos en el contrato, que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas reprobables.

Se trata, en definitiva, de garantizar una directriz de trato adecuado al consumidor, como modo de evitar la utilización de prácticas comerciales que restrinjan o nieguen sus derechos. El cartabón de conducta exigible al proveedor tiende a resguardar la moral y la salud psíquica y física del consumidor. Así porque la ausencia de un trato digno y equitativo agravia el honor de la persona.

De allí que la norma deba ser vista como una concreción del principio general de buena fe y como desarrollo de la exigencia del art. 42 CN. Así, el proveedor está obligado no solamente a ajustarse a un concreto y exacto contenido normativo, sino además está constreñido a observar cierta conducta en todas las etapas del iter negocial, incluso aún antes de la contratación. Y no podrá vulnerar, en los hechos, aquellos sensibles intereses (cfr. Tevez, Alejandra N. y Souto María Virginia, "Trato "indigno" y daño punitivo. Aplicación del art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor", del 26.4.16, La Ley 2016-C, 638).

c.3. Sobre tales bases, juzgo que en el caso corresponde imponer la multa por daño punitivo.

De los antecedentes colectados en la causa puede inferirse, con suficiente grado de certidumbre, la configuración de este daño con arreglo al marco de aprehensión de los arts. 8 bis y 52 bis de la LDC.

Ello así, aún juzgada la cuestión con el criterio restrictivo que debe primar en la materia.

Como ya fue señalado, este específico daño requiere la existencia de una manifiesta o grosera inconducta por parte del proveedor en el trato comercial con el consumidor. Claro que es tarea del juzgador discernir con prudencia en qué circunstancias de modo, tiempo y lugar se verifica tal conducta antifuncional en la relación de consumo (cfr. mis votos en los autos "Rodríguez Silvana Alicia c/ Compañía Financiera Argentina S.A. s/ sumarísimo", del 10.5.12, "Rojas Sáez Naxon Felipe c/ Banco Comafi S.A. s/ ordinario", del 19.8.14 y "Berrio Gustavo Osvaldo y otro c/ La Meridional Cía. Arg. de Seguros S.A. s/ ordinario", del 15.12.16, entre otros).

En el caso, el ofrecimiento y comercialización por parte de las demandadas de un producto alimentario de consumo masivo que se exhibe en relación a su composición con características que no se condicen con su real integración, constituye un grave y objetivo incumplimiento de la exigencia establecida en el art. 52 bis de la LDC.

Repárese que teniendo en consideración el carácter de super especialistas en la elaboración y venta de alimentos, no han brindado las defendidas una mínima justificación que diese cuenta de las razones de su reprochable conducta.

No cabe soslayar que la fabricación y comercialización de un producto en las apuntadas condiciones, puede conllevar a generar un potencial daño a los consumidores que lo adquieren e ingieren en la convicción de que no posee otro ingrediente más allá de la harina integral, al ser promocionado en su frente como "100% integral" aunque en su real composición ostente solo 57 partes.

Por otro lado, señalo que la actitud desaprensiva de las demandadas colocó a la accionante en un derrotero de reclamos y, finalmente, la obligó a promover la presente acción judicial, todo lo cual vino a dilatar de modo injustificado e innecesario la admisión de su reclamo.

En esta directriz se tiene dicho que constituye un hecho grave susceptible de "multa civil" por trasgresión de la LDC 8 bis que exige un trato digno al consumidor, el colocarlo en un derrotero de reclamos, en el que se haga caso omiso a la petición (Guillermo E., Falco, "Cuantificación del daño punitivo", LL 23.11.11, y fallo allí cit.).

En tales condiciones, estimo que puede juzgarse cumplimentado el elemento subjetivo que también requiere la norma de la LDC: 52 bis y su doctrina para la aplicación de la multa civil.

De allí que la conducta observada en esta causa justifica la imposición de la aludida sanción ejemplificadora.

c.4. A los efectos de determinar el quantum de la multa, no puede perderse de vista la función de este instituto: sancionatoria y disuasoria. Entonces, no corresponde evaluar el daño punitivo como una compensación extra hacia el consumidor afectado o como una especie de daño moral agravado. Antes bien, debe ponderarse muy especialmente la conducta del proveedor, su particular situación, la malignidad de su comportamiento, el impacto social que la conducta sancionada tenga o pueda tener, el riesgo o amenaza para otros potenciales consumidores, el grado de inmoralidad de la conducta reprochada y el de desprecio por los derechos del consumidor afectado, como antes se señaló.

Bajo tales parámetros, y ponderando asimismo el límite cuantitativo que determina la LDC: 52 bis, como la prudente discrecionalidad que ha de orientar la labor judicial en estos casos (conf. Cpr: 165), considero adecuado establecer la multa por daño punitivo de $100.000 de modo solidario para ambas demandadas.

Por lo demás, aclaro que no procede la aplicación de intereses moratorios sobre el rubro en análisis, dado el carácter asignado en el desarrollo de este voto a la figura prevista por el art. 52 bis de la LDC (conf., esta Sala, "Fernández, Silvina Gabriela c/ Renault Argentina S.A. y otros s/ ordinario", del 1.11.18; íd., "Concetti, Marcelo Fabián c/ Banco Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario", del 21.3.19).

Lo anterior, claro está, lo es sin perjuicio de los réditos que pudieran eventualmente devengarse en caso de no resultar abonada la multa en el plazo fijado de 10 días para el cumplimiento de la condena, los que en tal supuesto se calcularán -ahora sí, al igual que con el daño moral - a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, para sus operaciones de descuento de documentos a treinta días.

VI. Conclusión.

Por todo lo expuesto, si mi criterio fuera compartido por mis distinguidos colegas, propongo al Acuerdo: i) receptar el recurso de la actora admitiendo el reclamo por daño moral por $10.000 e imponiendo una multa por daño punitivo de $100.000, y ii) establecer que las costas de Alzada serán soportadas por las accionadas, vencidas (Cpr. 68).

Así voto.

El doctor *Lucchelli* dice:

Coincido parcialmente con la solución propiciada por mi distinguida colega, Dra. Tevez, en su fundado voto, que abrió el debate. No obstante, habré de disentir en su propuesta relativa a la recepción de las quejas de la actora en cuanto al rechazo del daño moral y los daños punitivos.

Los hechos que dieron lugar al conflicto fueron exhaustivamente reseñados en la ponencia que antecede y en la sentencia de grado, lo que me exime de reiterarlos en el presente.

En primer lugar, debo señalar que, a mi juicio, no ha sido debidamente demostrado que la actora haya sufrido un daño moral que resulte resarcible por haber adquirido el producto fabricado por Fargo S.A. y comercializado por Coto Cicsa.

Recuerdo que, tal como señala la doctrina, el daño moral, en principio, debe ser probado (Conf. Pizarro, Ramón D.- Vallespinos, Calors G. "Instituciones de Derecho Privado Obligaciones" t. 2 p.689), máxime en supuestos como el que se debate en autos, donde no puede inferírselo del incumplimiento atribuido a los demandados.

El motivo de reproche que la actora les efectúa a las accionadas es que en el envoltorio del producto adquirido decía pan 100% integral, mientras que quedó demostrado en autos que no contenía ese porcentaje de harina integral. Sin embargo, como surge de la contestación a las impugnaciones efectuada por la ingeniero en alimentos, no se fabrica pan 100% integral porque: "...Como expresa la impugnación sería un producto inviable, dado que la textura, el gusto y su calidad serían desagradables" (fs. 227/228). Vale decir que, por más que esa referencia al porcentaje de materia prima fuese incorrecta, el pan es integral como lo aclara la experto en su respuesta y no hay en las alegaciones de la actora algún motivo de salud o preferencia para consumir exclusivamente pan 100 % integral –que como señaló la perito no se fabrica- y no el que le ofrecen las demandadas. En efecto, la accionante no mencionó qué perjuicio concreto le causó la diferencia de composición habida entre el pan efectivamente vendido y el que ella pretendía obtener a partir de la indicación que existía en el envoltorio del producto. De allí que, a mi juicio, no se ha acreditado ni aun por vía de inferencia el perjuicio extrapatrimonial cuya reparación pretende la actora, en tanto, como dije, no probó que el incumplimiento imputado a las demandadas le haya provocado molestias que excedan la normal tolerancia. Es por ello que voto para que se rechace el agravio de la accionante y se confirme la sentencia apelada en este aspecto.

Tampoco debería admitirse, en este caso en particular, el reclamo por daños punitivos. Si bien el fabricante del producto adquirido por la demandante incluyó un término que no se correspondía estrictamente con la realidad en su estrategia de comercia-

lización, en tanto ha sido reconocido por la experta que el pan vendido era efectivamente integral y que, por las razones que señalé, si el producto fuese 100% integral no sería agradable para el consumo, no encuentro que la falta sea motivo suficiente para aplicar la sanción prevista en el art. 52 bis LDC. Destaco que más allá de la referencia equívoca, la real composición del pan estaba mencionada en el envase y que el producto según el testimonio inimpugnado del señor Alejandro Kafka, había sido sometido a la aprobación de las autoridades competentes (fs. 192, respuesta a la pregunta 5ta.), lo que permite inferir que no hubo peligro para la salud de la actora o de los demás consumidores. De allí que no encuentro que, en este caso particular, el fabricante o quienes lo comercializan hayan obrado con un grave menosprecio por los derechos de los consumidores, que justifique la aplicación de la sanción prevista en la norma.

Así voto

El doctor *Barreiro* dice:

1. Disienten mis distinguidos colegas acerca de la procedencia de admitir en el caso bajo juzgamiento la reparación por daño moral y la multa civil prevista por el art. 52 bis de la ley 24.240.

2. El art. 42 de la Constitución Nacional establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos.

3. El art. 4 de la ley 24.240 impone al proveedor la obligación de 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.

4. La regla constitucional es inmediatamente operativa, además de presentar un mayor rigor técnico-jurídico, porque alude directamente a la adecuación de la información proporcionada por el proveedor que, además, debe ser veraz. La directa incidencia de este deber legal en la toma de decisiones por el consumidor, que según el texto constitucional debe ser libre, no puede disimularse.

5. Sin intención de reabrir un debate precluido considero que, a fin de evaluar la procedencia de los agravios de la demandante, corresponde examinar si se configuró en este asunto alguno de los presupuestos que justifican la aplicación de la multa civil pretendida.

Ponderado el dictamen pericial, las objeciones que se le opusieron y las explicaciones de la experta, no puede arribarse a otra conclusión que aquella sugerida por ella: la información que cabe extraer del rotulado del producto adquirido por la actora es inexacta.

Tengo en cuenta para ello que el marco legal de referencia es el siguiente:

a. el art. 735 del Código Alimentario Argentino (ley 18.284; Dec. 2126/1971 y sus modificaciones) indica que con la denominación de Pan negro o Pan integral, se entiende el producto obtenido por la cocción de una masa elaborada en forma mecánica y fermentada por levadura y/o masa agria, que contiene partes iguales de harina triple cero y harina integral, agua y sal. Este producto se rotulará: Pan negro o Pan integral.

b. conforme está previsto por el art. 662 (texto introducido por el Dec. 2370, 28.3.73), se entiende por Harina integral o Harina de Graham, el producto que se obtiene por la molienda del grano de trigo que responda a las exigencias de este. Según el grado de la molienda se admiten y distinguen tres tipos: Gruesa, Mediana y Fina. La humedad de estas harinas no será superior a 15,5 g/100 g y las cenizas no mayor de 2,30 g/100 g determinadas en la misma forma establecida en el Artículo 661. Estos productos se rotularán: Harina integral o Harina de Graham. Por debajo y con caracteres semejantes a los empleados en su denominación, la tipificación que les corresponda: Gruesa, Mediana o Fina.

c. el art. 670 entiende por Afrecho o Salvado, el residuo de la molienda de las distintas variedades del grano de trigo, integrado por la cáscara (pericarpio) del grano, mezclado con parte superficial del albumen (endosperma). Este producto se rotulará: Afrecho o Salvado.

6. La discordancia entre aquello que es inmediatamente perceptible para el potencial consumidor (100 % integral) y la composición real (adecuada a las exigencias normativas alimentarias que admiten un 50% de harina integral en la composición del pan en cuestión) tiene, objetiva y previsiblemente, aptitud para inducir a error al consumidor en relación a las cualidades del producto adquirido.

Adviértase, además, que ese defecto puede incidir en la salud (por ejemplo para las personas que padecen celiaquía) de quien entabla la relación de consumo guiado por esa destacada indicación en el envase.

Esa conducta constituye una infracción que debe ser sancionada sea por transgredir la norma constitucional, sea por constituir un incumplimiento de las

obligaciones que penden sobre el proveedor (art. 52 bis de la ley 24.240), o sea por consistir en el despliegue de trato indigno hacia el consumidor (arts. 8 bis de la ley 24.240 y 1097 del CCyC), como sugirió la distinguida vocal preopinante.

7. De conformidad con el pensamiento que volqué en una publicación relativa a la sustancia del daño punitivo (Barreiro, Rafael F, El factor subjetivo de atribución en la aplicación de la multa civil prevista por el art. 52 bis de la ley 24.240, Revista del Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año V, N° 3, La Ley, junio de 2014, ps. 123/135). Reflexiones que, además, he expuesto reiteradamente en diversos precedentes de esta Sala (véanse en este sentido mis votos en las causas "Bava Mónica Graciela y otras c/ ALRA SA y otro s/ ordinario" del 19.06.18; "Vega Gustavo Javier c/ MasterCard SA y otros s/ ordinario" del 29.08.17; Feurer Eva y otro c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ ordinario" del 22.08.17; "López Bausset Matías c/Automilenio S.A. y otro s/ ordinario" del 12.07.17; "López Hernán Javier c/ Forest Car SA y otros s/ sumarísimo" del 12.07.07; "Martínez Aranda Jorge Ramón c/ Plan Ovalo SA de Ahorro P/F Determinados y otro s/ ordinario del 27.04.17; "Robledo Brigo Adán c/ Fiat Auto Argentina SA y otros s/ ordinario del 14.02.17; "Berrio Gustavo Osvaldo y otro c/ La Meridional Compañía de Seguros SA s/ ordinario" del 15.12.16; "García Guillermo Enrique c/ Bankboston NA y otros s/ sumarísimo" del 24.09.15; "Vázquez, María Dolores y otra c/ Ford Argentina S.C.A. s/ ordinario" del 2.07.15 y "Formigli, Eduardo c/ Auto Zero SA s/ ordinario" del 4.06.15) cuyos esquemas expositivos no reiteraré aquí a los fines de evitar alongar en demasía este Acuerdo con arreglo al criterio que expuse al emitir mi voto en el expediente "Rodríguez Daniel Fabián c/ Aseguradora Federal Argentina S.A. s/ ordinario" del 5.12.17. Solo agregaré que en el caso presente la actitud asumida por la demandada Fargo la hace pasible de la sanción civil que regula el art. 52 bis LCD.

Ello encuentra adecuada fundamentación en dos aspectos diferentes:

(i) Es corriente asignar a la multa civil, además del propósito punitivo, otras dos finalidades: reparatoria y preventiva.

Los perfiles de la disuasión en relación a la facultad punitiva se suelen presentar indisolublemente unidos. Es que la amenaza de la aplicación de una sanción puede tener el efecto de precaver la reiteración de conductas consideradas disvaliosas. Sin embargo, parece que es posible sostener que la punición opera en referencia a una conducta ya realizada mientras que la prevención alude a un obrar futuro (Chamatrópulos, Demetrio Alejandro, Soluciones posibles para la escasa aplicación de los daños punitivos en Argentina, LL ejemplar del 6/8/13, p. 1). Según este criterio, la utilización insuficiente de la multa civil (para cumplir sus objetivos disuasorios) está originada no tanto en la falta de conductas reprochables o fallas probatorias por parte de los reclamantes, sino más bien en la constatación de lo arraigado que está en la cultura jurídica argentina el principio de imposibilidad de enriquecimiento sin causa, que para muchos pareciera entrar en tensión ostensible con la solución legal del destino exclusivo de la condena al damnificado que contiene el actual art. 52 bis LDC.

Se ha señalado "el doble carácter del instituto, porque su finalidad no es solo la de castigar a la demandada por una conducta grave, sino también desalentarla en el futuro, vale decir, que se trata de una sanción punitiva y preventiva a la vez, pero fundamentalmente disuasiva para evitar la reiteración de hechos similares. De tal modo, la introducción de los daños punitivos implica reconocer que la responsabilidad civil, al lado de su función típica que sin dudas consiste en reparar, también puede y debe cumplir finalidades complementarias a los fines de la prevención y punición de ciertas conductas. Irigoyen Testa señaló que la función de los derechos punitivos habilita a distinguir un aspecto principal y otro accesorio: el principal es la disuasión de los daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente; y, por otra parte, la accesoria es la sanción del dañador ya que toda multa civil, por definición, tiene una finalidad sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria".

(ii) Que en esta particular relación ha mediado un incumplimiento de la obligación de informar adecuada y verazmente.

Esa transgresión tiene características de habitualidad o generalidad que habilita la procedencia del daño punitivo. Así pues, admitida la finalidad de castigar inconductas -que la ley se limita a perfilar sin caer en casuismo- y que la reparación del daño puede encaminarse por vías distintas previstas, también, en el propio ordenamiento de defensa de los consumidores, corresponde tener en cuenta la función de prevención que tiende a disuadir a los proveedores de bienes o servicios respecto de la adopción de conductas perjudiciales para los consumidores, sean estas episódicas o se presenten de modo constante y permanente.

La justificación, entonces, puede apreciarse desde dos perspectivas:

a. La compensación de daños extraordinarios.

Es ostensible, porque así lo dispone el artículo 52 bis, que la multa civil es independiente de cualquier otra indemnización que pueda reconocerse al consumidor. Ello puede dar pie para suponer que se trata de una indemnización duplicada que encuadraría en la noción de enriquecimiento incausado. Para superar esta dificultad se ha dicho que mientras la indemnización del daño refiere a la reparación de los riesgos normales, la multa civil tiende a compensar los daños extraordinarios, que surgirían del exceso del riesgo socialmente aceptable generado por la apetencia de aumentar los beneficios y considerándose a la actividad económica como intrínsecamente riesgosa (Lovece, Graciela Isabel, Los daños punitivos en el derecho del consumidor, publicado en La Ley ejemplar del 8/7/10, p. 3, pto. 6).

Sin perjuicio de destacarse la carencia de certeza de esta proposición, en tanto alude a un estándar de significativa vaguedad que parece derivar la cuestión a un plano meramente semántico, si se piensa que la multa civil tiene un objetivo compensatorio no se advierte cuál pudiera ser el rasgo diferencial con la responsabilidad, dejando a salvo, por cierto, la intensidad de la reparación. En consecuencia, o bien el resarcimiento no ha sido pleno, o efectivamente se duplicaría la indemnización, que es el principal óbice levantado frente a esta concepción.

b. La conducta socialmente intolerable del proveedor.

Otro tanto puede señalarse respecto de la exigencia de que se haya cumplido una actuación objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por indiferencia hacia el prójimo, desidia o abuso de una posición de privilegio (Zavala de González, Matilde, Actuaciones por daños, Bs. As., Hammurabi, 2004, pág. 332), aunque cabe aclarar que la autora no rehúsa la atribución subjetiva.

Estas formulaciones, que llevan consigo una dosis de verdad si se las considera contextualmente, solo pueden resultar útiles si ha mediado un factor de atribución subjetivo.

El financiamiento del proveedor mediante el daño al consumidor encuadra en esas nociones, en tanto supuesto de conducta en que los proveedores emplean esta técnica de modo permanente y como una forma de financiarse mediante sus consumidores (Colombres, Fernando Matías, Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa, DJ 19/10/11, p. 1). Tal es la interpretación hecha en el primer voto que es motivo aquí de disenso (véase mi voto en autos "Formigli, Eduardo c/ Auto Zero SA s/ ordinario" del 4.06.15).

En coincidencia se ha postulado que, en tanto la finalidad primordial de la multa civil es "la de hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa; puesto que ningún sistema preventivo ha de resultar eficaz, si el responsable puede retener un beneficio que supera al peso de la indemnización. Con lo cual se procura inducir una amenaza disuasoria, que constriña a adoptar precauciones impeditivas de lesiones análogas, o a abstenerse de desplegar conductas desaprensivas". Agregándose que "vale decir que la aplicación en un caso del instituto de los "daños punitivos" ha de tener por fin evitar que tal perjuicio se pueda volver a repetir en otros supuestos, por medio de la disuasión (deterrence) para el futuro, de eventuales comportamientos ilícitos parecidos; lo cual ha de comprender tanto a las conductas dolosas como a las gravemente negligentes. En tales casos entonces, la condena judicial tiene una doble finalidad. Ante todo, la de sancionar al sujeto dañador por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable; y además, muy especialmente, la de procurar impedir, mediante disuasión, la eventual repetición de similares procederes ilícitos." (Trigo Represas, Félix A., Desafortunadas innovaciones en punto a responsabilidad por daños en la ley 26.361, La Ley ejemplar del 26/11/06, p. 1).

Sin embargo, téngase presente que el daño concreto que se cause al consumidor se resarcirá mediante la determinación de la íntegra reparación, y la multa civil del art. 52 bis cumplirá en tal situación una función ejemplarizadora, al mismo tiempo que incrementará justificadamente la indemnización que se debe al consumidor, como está autorizado por ese mismo precepto legal. Pero debe tenerse en cuenta que el reproche subjetivo procede aun cuando el proveedor no haya obtenido beneficio alguno. La mencionada consecuencia ejemplificadora, que también se traduce en un factor de disuasión, opera para la generalidad y no solo en relación al proveedor incumpliente. Por tal motivo, también, aprovecha al común de los consumidores porque tiene por efecto regular adecuadamente las relaciones de consumo.

Desde un plano puramente científico parece evidente que el reformador en la ley 26.361 concibió una regla abierta en grado sumo que depende de la apreciación judicial en cada caso que se presente y que, en consecuencia, compete al órgano jurisdiccional establecer los parámetros de aplicación del daño punitivo. Así algunos optarán por exigir distintos grados de intencionalidad –aunque más no fuere, por omisión– y otros, postura que por vía de principio no acepto, se darán por satisfechos con el simple incumplimiento. Parece claro, entonces, que debe admitirse la coexistencia de la responsabilidad objetiva y la atribución subjetiva en el estatuto del consumidor, que regirán las interpretaciones según fuera el caso. La primera,

como régimen general de apreciación y aquella otra, en orden a la aplicación de sanciones judiciales y administrativas.

Ello porque, en definitiva, "el dolo, la culpa, el mero desprecio a los derechos de la contraparte, el aprovechamiento económico de las barreras procesales que hacen reducidos los números de los reclamos, los denominados microdaños y toda aquella actuación que violente con desdén el derecho del consumidor o usuario será pasible de la aplicación de daños punitivos" (Alvarez Larrondo, Federico M., Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación, La Ley, ejemplar del 29/10/10, p. 10). He aquí sucinta y precisamente explicado el factor de atribución que, en la generalidad de los casos, entiendo preside la apreciación de la procedencia del reclamo orientado a la aplicación de daños punitivos, sea que se los conceda al amparo del art. 52 bis, o bien sea que encuentren justificación en la disposición del art. 8 bis con sujeción a la naturaleza de la actividad desplegada por el proveedor.

Como consecuencia de aquellos propósitos que la ley tiene en vista, la determinación de la multa civil debe tener en consideración que su aplicación "responde a una causa distinta a la reparación integral del daño causado, esto es la necesidad de instituciones sancionatorias y preventivas que desalienten estas conductas desaprensivas y antisociales de las empresas y nada obsta que el destino de la multa impuesta sea para la principal víctima de este tipo de actos que es el consumidor. El instituto que analizo no está destinado indemnizar daños concretos, sino a proteger a la sociedad toda de estas conductas recalcitrantes y el hecho de que la multa sea destinada al consumidor no la vuelve inconstitucional. Debe abandonarse la idea de que el Derecho Civil existe únicamente para compensar un daño individual ya causado, sino que en la sociedad actual es imprescindible desalentar aquellas conductas que pueden virtualmente dañar a la sociedad en su conjunto o a una vasta pluralidad de individuos, como es el caso del consumo, otorgando un plus a quien denuncia y persigue judicialmente tales actos" (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común del Centro Judicial de la Capital de la Provincia de Tucumán, Sala II, 27.07.17, voto de la Dra Leone de Cervera en autos "Esteban, Noelia Estefanía c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. s/ daños y perjuicios").

Además la doctrina relativa al hipotético enriquecimiento a expensas del proveedor difícilmente supere un estándar lógico de interpretación del art. 52 bis, porque –precisamente- su finalidad es sancionatoria y preventiva de modo que su determinación en favor del consumidor no carecería estrictamente de causa.

A propósito de ello, debe precisarse que la regla mencionada –en tanto apunta a evitar la reiteración de una actuación negligente o desaprensiva frente a los consumidores- no puede ser cuestionada en su esencia porque se destine el importe de la multa civil íntegramente al actor, sea este damnificado o colocado en situación de peligro, especialmente si se tiene en cuenta que integra la garantía constitucional reconocida en el art. 42, párrafo tercero, que impone a las autoridades públicas el diseño legislativo de procedimientos –noción que debe entenderse aquí en forma amplísima- eficaces para la prevención de conflictos (véase Rafael F. Barreiro, La constitucionalidad del destino de la multa civil de la ley de defensa del consumidor., LL diario del 6.09.17, pp. 4/8).

Si, como se ha señalado, el daño punitivo cumple -entre otras- una función disuasoria y ejemplarizadora y no guarda estricta relación con los perjuicios derivados del obrar del proveedor, su concreta determinación debe adecuarse a aquella finalidad con sujeción, por cierto, de los parámetros que proveen al efecto el art. 52 bis, que alude al incumplimiento de obligaciones de fuente contractual, y el art. 49 que, en particular, refiere al grado de intencionalidad y los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, aspectos todos ellos aplicables a la relación de consumo materia de controversia en esta causa. En esa inteligencia, estimo adecuada la propuesta de fijar la multa civil en la suma de $ 100.000.- teniendo en cuenta la actividad profesional de la demandada que se caracteriza por un alto componente social y la posible existencia de reclamos múltiples originados en la misma infracción.

8. En virtud de lo expuesto, contribuyo a formar la voluntad decisoria y, en consecuencia, estimo que deben admitirse los agravios de la actora y revocar la sentencia apelada en lo que aquí ha sido materia de consideración, aplicando a la demandada una multa de $ 100.000 en favor del reclamante. Con costas a la demandada vencida (arg. art. 68 CProc). En todo lo demás, adhiero a los fundamentos expresados en la ponencia de la Dra. Tevez y a la solución que ha propuesto dar al diferendo, con especial referencia a la solución que propuso en relación al daño moral que encuentra fundamento en parecidos argumentos.

Así voto.

Buenos Aires, 9 de agosto de 2021.

Vistos:

I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, *Resuelve:* i) receptar el recurso de la actora admitiendo el reclamo por daño moral por $10.000 e imponiendo una multa por daño punitivo a

las demandadas en la suma de $100.000, y ii) establecer que las costas de Alzada serán soportadas por las accionadas, vencidas (Cpr. 68).

II. Finalmente y toda vez que la sentencia dictada supra ha sido modificatoria del pronunciamiento de la instancia anterior, corresponde, teniendo en cuenta el art. 279 del CPCC, determinar en esta Alzada los honorarios relativos a los trabajos realizados en autos, de acuerdo al resultado ahora obtenido en la prosecución del proceso.

Respecto a la aplicación temporal de la ley 27.423 y aun reconociendo la opinabilidad que ha suscitado particularmente esta temática (conf. Sosa, Toribio E., "Conflicto de leyes arancelarias en el tiempo" en diario La Ley del 1/2/2018; Quadri, Gabriel H. "La Nueva Ley de Honorarios Profesionales de Abogados, Procuradores y Auxiliares de la Justicia nacional y Federal" en diario La Ley del 13/12/2017), esta Sala ya ha asumido criterio en el sentido de ponderar los trabajos al cobijo del ordenamiento legal vigente al tiempo de su realización (conf. 15/2/2018, "Predial Propiedades SRL c/Kandel Guy y otros s/ordinario", Exp. COM 34838/2013, entre otros).

Es decir, tendrá relevancia determinante a estos efectos que el profesional haya cumplido todos los actos y condiciones sustanciales para ser beneficiario de una retribución cuya cuantificación jurisdiccional, aunque resulte postrera, debe necesariamente referir y sujetarse a la actividad ya devengada como al plexo legal que regía en cada momento (conf. esta Sala "Kimei Cereales SA c/Complejo Alimenticio San Salvador S.A. s/ejecutivo", del 7/6/18).

a) Al amparo de tal interpretación y teniendo en cuenta que lo actuado en la primera etapa del proceso fue bajo las previsiones de la ley 21.839 (TO Ley 24.432), ponderando la labor profesional cumplida, apreciada por su calidad y eficacia, como la naturaleza y monto del proceso (conf. esta Sala "Vital Nora Angélica c/ Peñaflor S.A. s/ ordinario", del 01/04/14) se fijan en diez mil quinientos pesos ($10.500) los honorarios del letrado apoderado de la parte actora, doctor Jorge E. Pinto González Bonorino (ley 21.839, t.o. ley 24.432: 6, 7, 9, 11, 19, 37 y 38).

b) Por lo actuado a partir de la entrada en vigencia de la ley 27.423 en la segunda y tercera etapa del proceso, se fijan en 6,46 UMA (equivalente a $32.157,88) los estipendios del letrado citado letrado.

c) Con relación a los honorarios de la experta actuante, dado que la aplicación de las pautas arancelarias generales previstas en la ley 27.423 (art. 21) conduciría a la fijación de honorarios inferiores al mínimo previsto en el art. 58 inc. d) del mismo ordenamiento, corresponde aplicar el arancel previsto en la última normativa, el cual reviste orden público (art. 16 in fine; esta Sala in re: "Pedaci, Ana Laura c/Nextel Comunications Argentina s/ejecutivo", Expte. N° 15844/2019 del 26/8/2020).

Consistentemente, fíjanse en 4 UMA (equivalentes a $ 19.912) los estipendios de la Ingeniera en alimentos, María Mabel Van Cauwemberghe (ley 27.423: 1, 3, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 24, 29, 51, 58 inc. "d" y Ac. CSJN 12/21).

d) Dado que la labor desplegada en Alzada aconteció durante la vigencia de la ley 27.423 y ponderando la labor profesional cumplida que motivó la resolución que antecede, se fijan en 3,16 UMA (equivalentes a $ 15.730,48) los honorarios del letrado de la parte actora, doctor Jorge E. Pinto González Bonorino (ley 27.423: 16 y 30/conf. Ac. CSJN 12/21).

e) Finalmente y con relación a la mediadora actuante, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley N° 26.589, la fecha en que recayó la sentencia conclusiva del proceso, la trascendencia económica de la materia, corresponde la aplicación de lo establecido en el art. 2, inc. f) del Anexo I del decreto 2536/15 y decreto 414/21 (conf. esta Sala "Ammaturo Francisco Horacio y otros c/Darex SA y otro s/ordinario"; "All Music S.R.L. c/Supermercados Ekono S.A. s/ordinario" ambos del 29.03.12) se elevan a 9 UHOM ($ 8.100) los honorarios de la mediadora doctora Mariela Elizabeth Gonzalez.

La presente regulación no incluye el Impuesto al Valor Agregado, que pudiere corresponderle a la beneficiaria en razón de su condición, impuesto que debe ser soportado por quien tiene a su cargo el pago de las costas conforme la doctrina sentada por C.S.J.N. in re: "Compañía General de Combustibles S.A. s/ recurso de apelación" del 16.6.93).

La adición corresponde previa acreditación de su condición de responsable inscripto frente al tributo.

Se fija en diez días el plazo para su pago conforme lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley 27.423.

III. Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión

(cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 6/14) y devuélvase a la instancia de grado. — *Alejandra N. Tevez. — Rafael F. Barreiro. — Ernesto Lucchelli.*

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Revocación de condena contra un medio periodístico. Asunto de interés público. Funcionario público. Supuestas irregularidades. Aplicación de la doctrina de la real malicia.

1. — El hecho de que el actor haya demostrado que las afirmaciones publicadas eran falsas o erróneas, no resulta suficiente para condenar al medio de prensa, pues lo que debía demostrar el actor era que los periodistas conocían de antemano la falsedad de tales afirmaciones —o un desinterés temerario con respecto a su probable falsedad— y que, pese a ello, decidieron publicarlas. Ese plus probatorio exigido cuando se trata de un funcionario público es el que le faltó al actor para acreditar la responsabilidad de los demandados. En conclusión, considero que, frente a la colisión de derechos en juego en la presente causa, debo inclinarme por preservar la libertad de expresión y evitar manifestaciones que impliquen censura.

2. — Tratándose el actor de un funcionario público, conforme los principios que surgen de la doctrina de la "real malicia", entiendo que no se encuentra acreditado en el caso, el factor de atribución necesario para que proceda la responsabilidad de los demandados. En efecto, conforme lo ha reiterado la Corte Federal en reiterados pronunciamientos "quien difunde información de interés público que pueda afectar el honor de figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones públicas, solo debe responder jurídicamente si el agraviado prueba la falsedad de la información y que esta fue difundida con conocimiento de su falsedad o con notoria despreocupación por su veracidad", y en el caso, no se demostró que los periodistas y el medio demandado, hayan difundido las noticias sabiendo que las mismas eran falsas **[1]**.

3. — Los demandados obraron en el marco de una investigación periodística que tuvo por objeto publicar distintas irregularidades, de público y notorio conocimiento, que se dieron en la comuna de Santa Rosa. El actor, funcionario de dicha comuna, Secretario de Hacienda en concreto, fue parte de dicha investigación. El interés público comprometido en la labor periodística resulta innegable y ello amerita una especial protección a la libertad de expresión.

4. — Si bien es cierto que la labor periodística no fue diligente, incluso que algunos datos eran fácilmente corroborables mediante el acceso a registros públicos (lo atinente a sanciones o denuncias, por ejemplo), dicha negligencia o la comisión de errores en la propalación de información, no resulta suficiente para condenar al medio de prensa, cuando lo discutido atañe a la persona que desempeña una función pública.

5. — Los términos o calificativos utilizados por los demandados respecto a la persona del actor, aun cuando de manera objetiva puedan considerarse injuriantes, constituyen en definitiva "opiniones" o "juicios de valor" de los periodistas, los que escapan del ámbito de responsabilidad civil **[2]**.

SC Mendoza, sala I, 18/06/2021. - N. M. S. c. Plataforma Digital SA y ots. s/ daños y perjuicios s/ recurso extraordinario provincial.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/96061/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En "K. de C., A. R. c. L., J. s/ daños y perjuicios", 30/09/2014, TR LALEY AR/JUR/49900/2014, sostuvo que el alcance del derecho a la libertad de expresión de quien brinda información públicamente relevante que afecta a personas públicas solo deja lugar para la atribución de responsabilidad civil cuando esta es probadamente falsa y quien la emite lo hace a sabiendas de su falsedad o exhibiendo un desinterés temerario en relación con su probable carácter falso.

[2] "Patitó, José Ángel y otro c. Diario La Nación y otros", 24/06/2008, sostuvo que toda expresión que admita ser clasificada como una opinión, por sí sola, no da lugar a responsabilidad civil o penal a favor de las personas que ocupan cargos en el Estado, no dañándose la reputación de estas mediante opiniones o evaluaciones, sino exclusivamente a través de la difusión maliciosa de información falsa.

COSTAS

Se imponen al actor vencido.

Expte. n.º 13-04193965-0/1(252508)

Mendoza, 18 de junio de 2021.

Antecedentes:

A fojas 4/11 vta., la demandada Plataforma Digital SA, por apoderado, interpone Recurso Extraordinario Provincial contra la resolución dictada por la Primera Cámara Civil de Apelaciones a fojas 668/678 vta.

de los autos n° 252.508/55.210, caratulados: "Nuarte Marcos Sebastián c. Plataforma Digital S.A. y otros s/ D. y P.".

A fojas 52 se admite formalmente el recurso deducido, se ordena correr traslado a la parte contraria, quien a fojas 53/68 vta. contesta solicitando su rechazo, con costas.

A fojas 74/75 vta. se registra el dictamen del Sr. Fiscal Adjunto Civil de la Procuración General del Tribunal, quien aconseja el rechazo del recurso deducido.

A fojas 80 se llama al acuerdo para dictar sentencia y a fojas 81 se deja constancia del orden de estudio en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, se plantean las siguientes cuestiones a resolver:

1ª ¿Es procedente el Recurso Extraordinario Provincial interpuesto?

2ª En su caso, ¿qué solución corresponde?

3ª Costas.

1ª cuestión. — La doctora *Day* dijo:

I.- Relato de la causa.

Entre los hechos relevantes para la resolución de la presente causa se destacan los siguientes:

1. El Sr. Marcos Sebastián Nuarte interpone formal demanda de daños y perjuicios en contra de Plataforma Digital SA, en su carácter de editora del periódico online que gira bajo el nombre de "Mendoza Post", y los Sres. Ricardo Omar Montacuto, en su carácter de Director Periodístico del periódico antes mencionado, y Christian Sanz, en su carácter de autor de dos de las tres notas periodísticas que motivan la presente acción, por la suma de $ 400.000 o lo que en más o en menos resulte de las pruebas a rendirse en la causa, con más intereses legales y costas. Solicita también que, al dictar sentencia, se ordene su efectiva publicación, conforme lo prescripto por el art. 1.740 del Código Civil y Comercial de la Nación, en diarios de reconocida trayectoria y amplia difusión. Relata que la acción que promueve tiene su causa en tres notas periodísticas referidas específicamente a su persona y publicadas por el Diario online que gira bajo el nombre "Mendoza Post", tituladas: "Funcionario de Santa Rosa dijo que tenía varicela y se fue de vacaciones" (del 17 de noviembre de 2016), "El asombroso caso del funcionario mendocino que acumula escándalos" (del 19 de diciembre de 2016) y "Este es el funcionario más oscuro de Mendoza" (del 13 de febrero de 2017). Denuncia que la severa persecución mediática de la que ha sido víctima tiene su origen en su designación como funcionario del Municipio de Santa Rosa durante el año 2016, a raíz de los hechos lamentables y de público conocimiento que concluyeron con la remoción del Intendente Sergio Salgado. Afirma que en las notas periodísticas que analiza y que dan sustento a su demanda, no se vislumbra sino un puntual y manifiesto propósito de difamar y deshonorar al accionante, no guardando las mismas el más mínimo reparo en los límites específicos que la ley, la doctrina y la jurisprudencia han ido marcando respecto del derecho de crónica o libertad de prensa. A continuación, analiza una por una las notas periodísticas que le atribuye a los demandados, tanto desde el punto de vista de los hechos como desde el punto de vista jurídico.

2. A fs 213/223 comparecen los demandados y contestan demanda. Previa negativa general, explican que después del escándalo sucedido en Santa Rosa, a causa de la remoción del Intendente Salgado, el periódico se concentró en llevar información a la sociedad sobre las personas que, desde ahí en adelante, tendrían la delicada y alta misión de administrar y custodiar la hacienda municipal y que, en ese contexto, se hicieron múltiples notas que brindaban información sobre el actor, concernientes a su vida pública y privada, pero siempre sobre aspectos de incuestionable interés público, por cuanto revelaban el incumplimiento de obligaciones legales y morales que hacen a su integridad. Señalan que ninguna de las noticias fue un invento del periodista, sino que todas se respaldan en variadas fuentes, que en ocasiones se reservaron por expreso pedido, pero que siempre se le garantizó al demandante su derecho de rectificación y respuesta, del que en alguna oportunidad hizo uso el funcionario, pero las más de las veces prefirió el silencio. Destacan que después del escándalo, la cuestión santarrosina fue objeto de investigación profunda por parte de Mendoza Post y que ningún otro medio lo hizo con mayor dedicación y pretensión de verdad, pues los vecinos de Santa Rosa querían saber quiénes serían aquellos funcionarios con cargos no electivos que se harían cargo de la hacienda municipal, interés preponderante que no podía quedar subordinado a la obtención de prueba que muchas veces no se puede conseguir o no se sabe que existe hasta que el involucrado la trae a debate y consideración. Agregan que el actor, como funcionario público, tiene el deber de soportar la lesión con el fin de asegurar una de las condiciones fundamentales del gobierno republicano, cual es la circulación libre de información sobre la cosa pública. La mera molestia que puede haberle causado una información inexacta o falsa es insuficiente para constituir daño moral. Ofrecen prueba.

3. Luego de rendida la prueba ofrecida por las partes, a fs 582/595 se dicta sentencia de primera instancia que hace lugar a la demanda interpuesta y, en consecuencia, condena a los demandados en forma solidaria a abonar al actor la suma de $ 600.000, con más intereses y ordena la publicación de la sentencia en el periódico demandado.

4. Dicha sentencia es apelada por los demandados y, a fs 668/678 vta, la Primera Cámara Civil de Apelaciones hace lugar parcialmente al recurso interpuesto solo respecto al monto de condena, el que disminuye a la suma de $ 200.000. Los fundamentos de la Cámara pueden sintetizarse de la siguiente manera:

En autos se enfrentan los derechos que esgrime la demandada -libertad de prensa, información y expresión- con los derechos personalísimos -honor, intimidad e imagen- que el actor pretende vulnerados por el accionar de la primera.

Ambas partes están amparadas por normas constitucionales, supraconstitucionales y de rango inferior, que les reconocen los aludidos derechos, aunque no con carácter absoluto.

Para dilucidar la cuestión controversial deben aplicarse e interpretarse las normas en juego, sin perder de vista que la condena solo podrá ser confirmada si se hallan reunidos todos los presupuestos de la responsabilidad civil.

La Corte Interamericana en el caso "Herrera Ulloa" (02/07/04) señaló que el ejercicio del derecho a la libre expresión no puede estar sujeto a censura previa, aunque sí a responsabilidades ulteriores, que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

Por su parte, la Corte Nacional en la causa "Campillay"estableció que los medios de prensa, para quedar exentos de responsabilidad, deben: 1) propalar la información atribuyendo su contenido a una fuente cierta y debidamente individualizada en el curso de la emisión, o 2) utilizar un tiempo de verbo potencial, o; 3) dejar en reserva la identidad de los implicados en la nota periodística, sin dar a conocer el nombre u otro dato que permitiera su individualización por el receptor de la información.

Conforme esa doctrina "la información sobre asuntos de relevancia pública, cuyo contenido sea fiel y verazmente atribuido a una fuente, no compromete la responsabilidad del medio"; esto es así, porque para la Corte "quien reproduce los dichos difamatorios de otro es un mero transmisor de aquellos y no su generador responsable".

Es criterio aceptado, por último, que la doctrina "Campillay" se vincula con la antijuridicidad de la conducta, mientras que la doctrina de la "real malicia" concierne al factor de atribución (Fallos: 310:508, 320:1272; 327:943). De esto deriva que, si por aplicación de la primera se concluye en que el medio o el periodista han invocado, con éxito, alguna de las causas de justificación correspondientes, procederá rechazar la pretensión indemnizatoria. Si, por el contrario, se comprueba que la demandada incurrió en una conducta antijurídica, recién entonces será imprescindible indagar si, por virtud del estándar de la "real malicia", puede quedar liberada.

Sin cuestionar lo anterior, el apelante clama por la aplicación del estándar establecido por la Corte Federal en la causa "Patito José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros", en la que se contrapuso el "test" de la real malicia y el de la veracidad. Del precedente surge que, en el marco del debate público sobre temas de interés general, y, en especial sobre el gobierno, las meras opiniones no dan lugar a responsabilidad, porque ello solo tiene lugar, en favor de personas que ocupan cargos en el Estado, cuando su reputación se daña a través de la difusión maliciosa de información falsa. Se consideró que el estándar de real malicia entra en acción cuando ya está aceptado que la veracidad de las manifestaciones periodísticas no se ha probado, o cuando estas son erróneas o incluso falsas, porque, lo que se somete a discusión y prueba, a estos fines, es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo (o debió tener) de esa falsedad o posible falsedad.

En la causa "Kemelmajer" (CSJN, in re: "Kemelmajer de Carlucci, Aida Rosa c. Lanata, Jorge y otros s/ daños y perjuicios", K. 7. XLVI. REX, sent. del 30/09/2014, Fallos: 337:1052, del dictamen del Procurador), sostuvo la Corte que "en la medida en que la información puede afectar el honor o la estima de una persona pública, ella solo puede dar lugar a responsabilidad jurídica si el agraviado en su honor prueba la falsedad de la información propalada y el hecho de que fue difundida a sabiendas de su falsedad o con temerario desinterés acerca de su probable carácter falaz". También, con expresa remisión a lo que se decidió in re "Patitó", se aclaró que la doctrina "Campillay" no resulta aplicable cuando el periodista o el medio no se limitan a reportar los dichos de las fuentes o los datos obrantes en documentos, sino que hacen propia la información, declarando seguridad sobre su certeza; ello así, se expuso, porque esta situación se contrapone al estándar que protege a quienes, al difundir la noticia, la atribuyen debidamente a una fuente "identificable", sin hacerse cargo de su veracidad, sin hacerla propia y sin agregarle fuerza de convicción.

Los funcionarios públicos gozan del derecho a la vida privada y de la tutela que merece su intimidad, aunque con un resguardo más debil que el de las personas privadas. Las personas que ejercen la administración del poder público cuentan con una esfera más reducida de intimidad y pueden revelarse aspectos que hacen a la última, aunque solo cuando aquellos "guarden una razonable relación con la función social que cumplen, y su divulgación responda a un interés general prevaleciente en el caso concreto". En este sentido, la doctrina es categórica al afirmar que: "La vida afectiva o familiar de un funcionario público, mientras no se vinculen con aspectos propios de su actividad, está al margen de la curiosidad malsana de terceros. Y deben ser celosamente protegidas por el ordenamiento jurídico" (PIZARRO- VALLESPINOS, cit. págs. 157 y 249).

Conforme la jurisprudencia citada, el actor probó los extremos que tenía a su cargo acreditar, por lo que la sentencia debe ser confirmada.

Es cierto que el actor estaba expuesto al escrutinio público, corría el riesgo de sufrir críticas o ser sujeto pasivo de opiniones que podían no ser de su agrado. Esto es lógico y aceptable porque las actividades que desarrolla un funcionario público trascienden su esfera privada y pueden insertarse en el debate público. Pero esto no le otorga razón al apelante.

El error o la negligencia en la investigación no constituyen el fundamento medular de la condena. Por el contrario, las manifestaciones o publicaciones que se han puesto en tela de juicio contienen juicios de valor, conjeturas y opiniones críticas referidas, en su mayoría, a cuestiones públicas, aunque no en su totalidad. En autos, algunas de las manifestaciones periodísticas que agravian al actor, están relacionadas con cuestiones atinentes a su vida privada y que, por ende, nada tienen que ver con la función pública que aquel desempeñaba.

En el caso, los enunciados periodísticos puestos en tela de juicio contienen, en todos los casos singularmente considerados, opiniones; ellas están, sin embargo, vinculadas a la afirmación de hechos inexactos o falsos, atribuidos a un funcionario público. Está probado, además, que el periodista y el medio no remitieron a fuentes indentificables y no cumplieron con los parámetros sentados en "Campillay". Esto conlleva indefectiblemente a aplicar, como lo hizo la juzgadora de autos, el estándar de la "real malicia", para definir la reparabilidad de la lesión a su honor que invocó el accionante.

La jueza sentó que, aunque el actor era funcionario, no estaba obligado a soportar insultos o agravios provenientes de la actividad periodística. Tampoco a ver mansillados públicamente su honor o su intimidad mediante la propalación de información falsa, con notoria despreocupación, por parte del emisor, acerca de su falsedad o veracidad. En esto radica el núcleo duro del razonamiento judicial.

La recurrente discrepa con respecto a la calificación de "insultantes" que se dio a los términos y frases que mencionó. Sin embargo, las expresiones que plasmó la magistrada en el punto VI de fojas 588 vta.- tales como: "el asombroso caso del funcionario mendocino que acumula escándalos", "Marcos Nuarte, Secretario de Hacienda de Mendoza, tiene un historial de escándalos a cuestas. Estafas, denuncias e hijos no reconocidos", "llegó este buitre" o "el contador Nuarte está flojo de papeles"- son, en su contexto y conforme las particularidades de la causa, ofensivas y generan responsabilidad; aluden a cuestiones de índole familiar, que nada tienen que ver con la esfera pública de la persona involucrada.

La demandada incluso ha admitido que la información que brindó contiene falsedades o hechos no comprobados. El actor, por su parte, demostró la falsedad de las noticias.

En cuanto a las testimoniales, los testigos resultan confiables. Sus manifestaciones están amparadas por una presunción de veracidad y también porque lucen espontáneas, coherentes y son compatibles con otros elementos colectados que no han sido rebatidos por prueba en contrario.

Varios de los hechos que la accinada transmitió públicamente, relacionados con el actor, fueron falsos e inexactos, además de afirmados como verdaderos por la accionada para dar sustento a su opinión denigratoria.

La prueba pone en evidencia la persistencia del periodista y del medio demandados en orden a imputar al actor una variedad de hechos falsos, injuriantes, calumniosos e invasivos de su intimidad. En el marco dado, esto habla, de por sí, de dolo, o, en el mejor de los casos, de un desinterés temerario de parte del emisor en orden a discernir acerca de la veracidad o falsedad de los datos propalados.

No surgen de autos de autos indicios razonables que permitan justificar que, en todo el curso de la labor analizada, la accionada, simplemente, obró con negligencia en el manejo de la información que llegó a sus manos. La información, en muchos de los casos que he analizado, no es tal; en su mayoría las notas involucran, simplemente, denuncias e imputaciones -incluso delictivas- carentes de fundamento, además de datos que no tienen relación con el desempeño del

actor como funcionario público o atañen, lisa y llanamente, a su ámbito de reserva.

Los testigos, al unísono, negaron haber sido fuentes de las versiones que se les atribuyeron, además de que desmintieron el relato de la accionada. La causa informa, en especial, que ningún juicio por "usurpación" fue promovido en contra del accionante, ninguna causa ni denuncia se planteó a su respecto por haber pretendido "retornos", ni ninguna irregularidad presentó el paso del Cont. Nuarte por la comisión directiva de un club de rugby.

No se trata, en definitiva, de reprochar a la accionada por un error, por sus opiniones, ideas o pensamientos, sino por haber propalado como ciertos hechos atribuidos al actor, sabiendo que no eran reales o, en el mejor de los casos, que no podían ser objetivamente comprobados, porque no existían las causas, los procesos disciplinarios, las investigaciones ni las fuentes que dieran crédito de ellos.

En cuanto al monto de condena por daño moral fijado en primera instancia, ha sido excesiva la cuantificación del rubro en orden a la función satisfactiva que el mismo está destinado a cumplir. Por ello, la misma se disminuye a $ 200.000.

II.- Actuación en esta instancia.

a) Agravios de la recurrente.

Ante esta Sede solo interpone recurso extraordinario la demandada Plataforma Digital SA, quedando firme para los codemandados, Sres. Ricardo Omar Montacuto y Christian Sanz, la condena recaída.

La recurrente señala que la sentencia dictada resulta arbitraria y carece de fundamentación razonable. Señala que el decisorio se aparta de las constancias de la causa. Manifiesta que, al momento de realizarse las publicaciones periodísticas respecto del actor, se habían efectuado las denuncias de que habría realizado actos irregulares no compatibles con la función que desempeñaba en el municipio. Estas actuaciones judiciales son las que dan pie a la labor periodística. Que más allá del yerro o negligencia en la labor periodística, no existe responsabilidad pues los mismos representan una crítica y control a los actos de gobierno. Agrega que no hay elementos que permitan inferir el propósito de dolo o culpa del periodista interviniente.

Refire que de los testimonios rendidos, especialmente de Rutti y Maures, surge en forma clara que los nombrados se entrevistaron con los periodistas y refirieron sus apreciaciones personales respecto de lo que consideraban ciertas irregularidades en el obrar del actor.

Señala que no debe perderse de vista la importancia del derecho de libertad de prensa, pues la libertad de expresión es base del sistema democrático. La doctrina de la real malicia se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron "con conocimiento" de tal condición o con imprudente y notoria despreocupación sobre dicha circunstancia.

Se agravia también de la cuantificación establecida en concepto de daño moral, por cuanto señala no hay ningún aporte probatorio que permita establecer con objetividad las supuestas repercusiones que las notas periodísticas pudieron haber producido al actor y su entorno familiar, relacional, laboral, etc. Solicita, en consecuencia, en caso de no admitirse los agravios relativos a la responsabilidad, que la suma sea reducida a un monto razonable.

En cuanto a los honorarios profesionales, señala que el recurso de apelación interpuesto por su parte tuvo una mayor proporción de éxito, lo que no se vio reflejado en la regulación realizada.

Finalmente señala que el decisorio recurrido afecta garantías constitucionales como su derecho de propiedad y el debido proceso legal.

b) Contestación del recurrido.

El actor recurrido solicita la confirmación del decisorio, aunque manifiesta su desacuerdo con la suma de indemnización fijada, la cual fue reducida en la alzada de $ 600.000 a $ 200.000, lo que no se condice, señala, con el enorme daño sufrido. Identifica las distintas notas publicadas por la demandada y toda la actividad probatoria desarrollada por el actor para demostrar la falsedad de las mismas. Agrega que las noticias publicadas no cumplen con los requisitos fijados en "Campillay". Hace referencia también al vocabulario injuriante utilizado, tanto en las notas del diario como en programas radiales. Considera acreditados los extremos de la doctrina de la real malicia. Concluye que las notas periodísticas cuestionadas le generan al actor un grave daño en su vida académica, profesional y docente.

C. Dictamen de la Procuración General del Tribunal.

La Procuración General del Tribunal aconseja el rechazo del recurso interpuesto en tanto la quejosa no

ha evidenciado, fehaciente ni suficientemente, la configuración concreta, acabada y certera de vicios graves en el pronuncimiento judicial recurrido. Solo media una crítica ante la mera discrepancia con el fallo impugnado.

III.- La cuestión a resolver.

La cuestión a resolver en la presente causa consiste en determinar si resulta arbitraria o normativamente incorrecta la sentencia que, confirmando la de la instancia inferior, condena al medio periodístico y a los periodistas demandados, por el daño ocasionado al actor a través de distintas publicaciones, señalando que, si bien el accionante era funcionario público, no estaba obligado a soportar insultos o agravios provenientes de la actividad periodística, ni a ver mansillados públicamente su honor o su intimidad mediante la propalación de información falsa, con notoria despreocupación, por parte del emisor, acerca de su falsedad o veracidad.

IV.- Solución al caso.

Tal como surge del relato de los antecedentes fácticos de la presente causa, la cuestión a decidir por este Tribunal involucra la responsabilidad de los medios de prensa, frente a los derechos individuales lesionados mediante la actividad periodística, tratándose el afectado de un funcionario público.

Las sentencias dictadas en las instancias de origen consideraron que los demandados actuaron con notoria despreocupación y negligencia respecto a los artículos que publicaron, en los cuales utilizaron términos injuriosos y ofensivos respecto del actor, a más de propalar información falsa. Coindieron en señalar que los accionados no cumplieron con los requisitos de la doctrina "Campillay" fijados por la Corte Nacional, como así también que se encuentran acreditados los extremos de la doctrina de la real malicia.

La recurrente en esta instancia insiste en manifestar que se ha lesionado su derecho a la libertad de expresión puesta de manifiesto en una investigación periodística, en la cual, alega, no existió mala fe ni negligencia. Señala que conforme fuera resuelto por la Corte Federal en el fallo "Kemelmajer" en todo momento debe privilegiarse la transparencia en los actos públicos, evitando que la intolerancia al error conduzca a la autocensura de los medios de comunicación.

Analizaré entonces los agravios deducidos, conforme las pruebas rendidas y dentro del marco jurídico de la doctrina legal que resulta aplicable.

a) La responsabilidad de los medios de prensa. Precedentes de este Tribunal y de la Corte Nacional.

Este Tribunal ha abordado la temática relativa a la responsabilidad de los medios de prensa en diversos pronunciamientos (LS 328-187; LS 331-112; LS 346-189; LS 361-158; LS 371-17; LS 378-23; LS 378-82).

En L.S. 346-189 (autos n° 79.439, "Mendoza 21 S.A...", 29/12/2004) se precisó: "Ha dicho la Corte Federal que aunque la acción haya sido planteada en términos de derecho común, el tribunal tiene la obligación de analizarlo desde la perspectiva constitucional dado que la cuestión hace a la actividad de la prensa, tema de especial interés del constituyente, y su conflicto con otros derechos implícitamente reconocidos por la ley fundamental, cuales son la intimidad, el honor y la imagen (CSN 19/11/1991, JA 1992-I-561)". Se dijo en el mismo caso que esta posición, que se comparte, "es aceptada por la unanimidad de la doctrina nacional y extranjera. Las implicancias constitucionales por la posible violación de derechos humanos (así calificados en Convenciones Internacionales) se prueba fácilmente con el muestreo de la gran cantidad de casos en los que se enfrentan el derecho a la información y los derechos personalísimos de los afectados llegados, incluso, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Para esta cuestión, ver, entre muchos, RUIZ MIGUEL, Carlos, El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Madrid, Civitas, 1994...y las demás citas allí efectuadas)".

En el mismo precedente LS 346-189 (en idéntico sentido en L.S. 361-158; L.S. 371-17; L.S. 378-23; L.S. 378-82) se analizaron aquellos casos de la Corte Federal que habían marcado hitos en materia de reparación de daños y en tal sentido se señaló: "En el leading case "Campillay c/ La Razón, Crónica y Diario Popular" del 15/5/1986, (Fallos 308-789, Doc. Jud. 1986-II-242, ED 118-305, JA 1986-III-12 y LL 1986-C-406) la Corte, por mayoría, sentó los requisitos para que los medios de prensa no respondan aún cuando la noticia que hayan publicado sea inexacta; los requisitos para que proceda la causal de justificación o eximente de responsabilidad son: a) Propagar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente; la fuente debe ser individualizada en la publicación, siendo insuficiente una referencia genérica; b) Utilizar el verbo en tiempo potencial; c) Dejar en reserva la identidad de los implicados en la nota periodística. No se deberá publicar su nombre y cualquier otro dato que permita su individualización" (doctrina reiterada en Fallos 310-508; 321-3176; entre otros).

Tratándose de personas públicas, ha dicho la Corte Federal en reiterados pronunciamientos que "De

acuerdo con la doctrina de la real malicia quien difunde información de interés público que pueda afectar el honor de figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones públicas, solo debe responder jurídicamente si el agraviado prueba la falsedad de la información y que esta fue difundida con conocimiento de su falsedad o con notoria despreocupación por su veracidad" (Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite; "García, Adriana Beatriz c/ Diario La Arena y otros s/ daños y perjuicios", CSJ 000010/2015/RH001, 05/11/2019 Fallos: 342:1894, también Fallos 320:1272; 327:943).

De un modo más categórico, ha señalado que "El alcance del derecho a la libertad de expresión de quien brinda información públicamente relevante que afecta a personas públicas es tan amplio que solo deja lugar a la atribución de responsabilidad civil a un grupo más bien excepcional de casos, a saber, aquellos en los que la información propalada es probadamente falsa y quien la emite lo hace a sabiendas de su falsedad o exhibiendo un desinterés temerario en relación con su probable carácter falso; para todos los otros casos en los que la circulación de información inexacta, parcial, o simplemente falsa pueda causar daños al honor de personalidades públicas, la doctrina constitucional aquí en juego establece en cabeza del lesionado un deber de soportar la lesión con el fin de asegurar una de las condiciones fundamentales del gobierno republicano: la circulación libre de información sobre la cosa pública (del dictamen del Procurador General al que la Corte remite)" (CSJN, "Kemelmajer de Carlucci c/ Lanata Jorge s/ daños y perjuicios", 30/09/2014, MJ-JU-M-89298-AR).

Ha remarcado también que "el principio de real malicia, a diferencia del test de veracidad, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas. Lo que es materia de discusión y prueba, si de real malicia se trata, es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo (o debió tener) de esa falsedad o posible falsedad. Esta es la primera e importante diferencia. La segunda y no menos importante particularidad radica en que el específico contenido del factor subjetivo al que alude el concepto de real malicia -conocimiento de la falsedad o indiferencia negligente sobre la posible falsedad- no cabe darlo por cierto mediante una presunción, sino que debe ser materia de prueba por parte de quien entable la demanda contra el periodista o medio periodístico" (CSJN, "Boston Medical Group...", 29/08/2017)

Estas pautas permiten definir los aspectos más relevantes de la responsabilidad de los medios de comunicación y nos permitirán analizar en el caso concreto la conducta de los demandados.

b) Las notas periodísticas en las cuales el actor funda su demanda.

El actor, cuyo carácter de funcionario público no se encuentra discutido en autos, funda los hechos de su demanda en tres notas que considera falsas e injuriantes, las que fueran publicadas en el Diario online que gira bajo el nombre de "Mendoza Post". Refiere también a otras ocho notas periodísticas y a un programa radial transmitido por Radio La Red FM94.1, conducido por el periodista Ricardo Montacuto, en las cuales es injuriado reiteradamente, en lo que sostiene, fue una campaña para desprestigiarlo.

Las tres notas periodísticas a las que refiere el actor en la demanda son:

a) "Funcionario de Santa Rosa dijo que tenía varicela y se fue de vacaciones" (17/11/2016). Aquí se pone de manifiesto que "de acuerdo a fuentes de la propia comuna, el titular de hacienda santarrosino estuvo 15 días de vacaciones en secreto en Miami y recién volvió el viernes pasado. Lo interesante, y curioso es que adujo tener varicela a la hora de explicar su ausencia".

b) "El asombroso caso del funcionario mendocino que acumula escándalos" (19/12/2016). En esta nota se lee "El secretario de Hacienda de Santa Rosa insiste en sumar escándalos a su currículum. Juicio por facturas truchas y sanción por balances falsos". El periodista afirma "El contador Marcos Nuarte -está flojo de papeles- y fue sujeto pasivo de un juicio por facturas truchas que se le inició en el Juzgado de Tunuyán y una dura sanción en el Tribunal de Ética del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Mendoza por haber presentado balances falsos como contador". Continúa la misma nota señalando que "un proveedor de Santa Rosa lo acusa de haberle pedido un retorno dinerario a cambio de mover un expediente".

C. "Este es el funcionario más oscuro de Mendoza" (13/02/2017). El periodista afirma "Marcos Nuarte, secretario de Hacienda de Santa Rosa, tiene un historial de escándalos a cuesta. Estafas, denuncias e hijos no reconocidos". Continúa diciendo que "Marcos -el turco- Nuarte es el perfecto ejemplo de cómo se degrada a veces la política vernácula". Refiere luego que fue presidente del club de rugby de Tunuyán Los Cuervos, "al cual terminó fundiendo". La nota concluye afirmando "No solo es objetable la vida pública de Nuarte, también lo es su vida privada. Dos anécdotas puntuales darán dimensión de ello. La primera tiene que ver con un hijo no reconocido por él, que tuvo con una chica de apellido Funes. En principio se negó a reconocer al

vástago. Debieron hacerle un juicio, con ADN incluído, para que se hiciera cargo de alguna manera".

Las sentencias de grado, partiendo del análisis de los requisitos fijados en la doctrina "Campillay", concluyen en la antijuridicidad de la conducta de los demandados. Señalan así que las notas aludidas no atribuyen su contenido a una fuente cierta y debidamente individualizada; no utilizan un tiempo de verbo potencial, ni mucho menos dejan en reserva la identidad del implicado. Contra ello, ninguna réplica ha sido siquiera planteada en esta instancia.

La antijuridicidad reprochada a la conducta de la demandada resulta entonces procedente. No obstante, tratándose el actor de un funcionario público, conforme los principios que surgen de la doctrina de la "real malicia", entiendo que no se encuentra acreditado en el caso, el factor de atribución necesario para que proceda la responsabilidad de los demandados.

En efecto, conforme lo ha reiterado la Corte Federal en reiterados pronunciamientos "quien difunde información de interés público que pueda afectar el honor de figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones públicas, solo debe responder jurídicamente si el agraviado prueba la falsedad de la información y que esta fue difundida con conocimiento de su falsedad o con notoria despreocupación por su veracidad" (Fallos: 342:1894; 342:1777, entre otros).

Luego de los precedentes "Costa", "Patitó", "Kemelmajer", entre otros, la Corte Nacional adoptó una posición rotunda de protección del derecho de libertad de expresión, al afirmar que no resulta suficiente que la noticia propalada sea falsa, sino que el reclamante debe probar que el periodista o medio periodístico sabían la falsedad de la misma. Sostuvo en forma expresa que "no es suficiente con la demostración de que el demandado ha sido negligente al difundir la información inexacta" (del dictamen del Procurador General al que la Corte remite, CSJN, "Kemelmajer de Carlucci c/ Lanata Jorge s/ daños y perjuicios", 30/09/2014, MJ-JU-M-89298-AR).

Conforme tales pautas, no coincido con lo resuelto en las sentencias de grado, por cuanto advierto que no se encuentra acreditado en autos que los periodistas y el medio demandado, hayan difundido las noticias sabiendo que las mismas eran falsas.

Los demandados obraron en el marco de una investigación periodística que tuvo por objeto publicar distintas irregularidades, de público y notorio conocimiento, que se dieron en la comuna de Santa Rosa. El actor, funcionario de dicha comuna, Secretario de Hacienda en concreto, fue parte de dicha investigación. El interés público comprometido en la labor periodística resulta innegable y ello amerita una especial protección a la libertad de expresión.

La investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano, por lo cual, todo acto que pueda implicar censurar dicha labor debe ser restrictivo.

Por ello, la labor probatoria del actor no debía centrarse en demostrar la falsedad de las noticias publicadas, por cuanto, la falsedad en sí misma no justifica la responsabilidad de los demandados. Lo que el actor debía acreditar, y no lo hizo, es que los periodistas conocían dicha falsedad, es decir, que obraron con "consciencia de la falsedad de la noticia o un desinterés temerario con respecto a su probable falsedad" ("Kemelmajer").

Es cierto que la labor periodística no fue diligente, incluso que algunos datos eran fácilmente corroborables mediante el acceso a registros públicos (lo atinente a sanciones o denuncias por ejemplo). No obstante, dicha neglicencia o la comisión de errores en la propalación de información, no resulta suficiente para condenar al medio de prensa, cuando lo discutido atañe a la persona que desempeña una función pública.

Tal como adelanté, en el caso la demandada se encontraba investigando la caótica situación que atravesaba la comuna de Santa Rosa. En dicha investigación, resulta a mi entender pertinente someter al debate y opinión pública, los actos que involucren al Secretario de Hacienda de esa intendencia. Por ello, lo relativo a un viaje al extranjero o la construcción de una vivienda o si se encuentra demandado en algún proceso judicial, son todos hechos que afectan o pueden afectar el desenvolvimiento de la función pública comprometida.

El hecho de que el actor haya demostrado que tales afirmaciones publicadas eran falsas o erróneas, no resulta suficiente para condenar al medio de prensa. Reitero, lo que debía demostrar el actor era que los periodistas conocían de antemano la falsedad de tales afirmaciones -o un desinterés temerario con respecto a su probable falsedad- y que, pese a ello, decidieron publicarlas. Ese plus probatorio exigido cuando se trata de un funcionario público, es el que le faltó al actor para acreditar la responsabilidad de los demandados.

Por lo demás, los términos o calificativos utilizados por los demandados respecto a la persona del actor, aún cuando de manera objetiva puedan considerarse injuriantes, constituyen en definitiva "opiniones" o "juicios de valor" de los periodistas, los que escapan del ámbito de responsabilidad civil.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió al respecto que "no cabía exigir la prueba de verdad en materia de opiniones" (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Lingens vs. Austria", l8 de julio de 1986, serie A, N°103) y ello fue recogido por la Corte Federal en el fallo "Patito" al sostener que "en el marco del debate público sobre temas de interés general, y en especial sobre el gobierno, toda expresión que admita ser clasificada como una opinión, por sí sola, no da lugar a responsabilidad civil o penal a favor de las personas que ocupan cargos en el Estado; no se daña la reputación de estas mediante opiniones".

En conclusión, considero que frente a la colisión de derechos en juego en la presente causa, debo inclinarme por preservar la libertad de expresión y evitar manifestaciones que impliquen censura. En palabras de la Corte Nacional, "El daño actual al honor debe ser soportado para salvaguardar el derecho futuro de otras a la libertad de expresión" (Fallos: 331:1530, pág 1547 y ss), por cuanto "es función de esta Corte fundamentar, propiciar y proteger los consensos básicos para el funcionamiento de una sociedad en la que se pueda convivir con tolerancia de opiniones diferentes. Uno de esos principios fundamentales es el de la libertad de expresión y el control de los funcionarios públicos, así como el debate sobre sus decisiones. Los debates ardorosos y las críticas penetrantes no deben causar temor, ya que son el principal instrumento para fortalecer una democracia deliberativa, que es principal reaseguro contra las decisiones arbitrarias y poco transparentes" ("Patitó").

En virtud de lo expuesto, si mi voto resulta compartido por mis distinguidos colegas de Sala, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, revocar la sentencia dictada. En su lugar, se rechaza la demanda interpuesta.

Así voto.

Sobre la misma cuestión el doctor *Llorente* adhiere al voto que antecede.

2ª cuestión. — La doctora *Day* dijo:

Atento lo resuelto en la cuestión anterior, corresponde admitir el recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, revocar la sentencia dictada por la Primera Cámara Civil de Apelaciones a fojas 668/678 vta. de los autos n° 252.508/55.210, caratulados: "Nuarte Marcos Sebastián c. Plataforma Digital S.A. y otros s/ D. y P.". En su lugar, se rechaza la demanda interpuesta.

Así voto.

Sobre la misma cuestión el doctor *Llorente* adhiere al voto que antecede.

3ª cuestión. — La doctora *Day* dijo:

Atento lo resuelto en las cuestiones anteriores corresponde imponer las costas a la parte recurrida vencida (art. 36 CPCCTM).

Así voto.

Sobre la misma cuestión el doctor *Llorente* adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta la sentencia:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

Resuelve:

I.- Hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, revocar la sentencia dictada por la Primera Cámara Civil de Apelaciones a fojas 668/678 vta. de los autos n° 252.508/55.210, caratulados: "Nuarte Marcos Sebastián c. Plataforma Digital S.A. y otros s/ D. y P.", la que queda redactada de la siguiente manera:

"1. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en consecuencia, revocar la sentencia dictada a fs 582/595, la que queda redactada de la siguiente manera:

"I) Rechazar la demanda interpuesta por el Sr. Marcos Sebastián Nuarte en contra de Plataforma Digital SA y los periodistas Ricardo Omar Montacuto y Cristian Sanz".

"II) Imponer las costas al actor vencido (arts. 35 y 36 CPCyTM)".

"III) Regular los honorarios profesionales de la siguiente manera: Dra. Leticia GUERRERO, en la suma de pesos VEINTE MIL ($ 20.000); Dra. Julieta VAZQUEZ, en la suma de pesos VEINTE MIL ($ 20.000); Dr. Horacio CRESCITELLI, en la suma de pesos CUARENTA MIL ($ 40.000); Dr. Italo Pablo PAPPALARDO, en la suma de pesos CUARENTA MIL ($ 40.000); Dr. Nicolás ARTAL, en la suma de pesos VEINTIOCHO MIL ($ 28.000); Dr. Matías CALVO, en la suma de pesos VEINTIOCHO MIL ($ 28.000) y Dr. Pedro Joaquín ESTEVES, en la suma de pesos VEINTIOCHO MIL ($ 28.000) (arts. 2, 3, 4, 13 y 31 Ley 9131)".

"IV) Regular los honorarios profesionales diferidos a fs 327 (reposición) a los Dres Pedro J. ESTEVES, en la suma de pesos DIECISEIS MIL ($ 16.000); Dres. Nicolás ARTAL y Miguel GROSSO, en conjunto, en la suma

de pesos OCHO MIL ($ 8.000) y Dr. Horacio CRESCITELLI, en la suma de pesos ONCE MIL DOSCIENTOS ($ 11.200), sin perjuicio de los complementarios e IVA que correspondan. (art 15 Ley 9131)".

"V) Regular los honorarios profesionales diferidos a fs 500 (reposición) a los Dres. Nicolás ARTAL, en la suma de pesos DIECISEIS MIL ($ 16.000) y Dr. Horacio CRESCITELL,I en la suma de pesos ONCE MIL DOSCIENTOS ($ 11.200), sin perjuicio de los complentarios e IVA que corespondan (art 15 Ley 9131)".

"2. Imponer las costas de alzada a la apelada vencida".

"3. Regular los honorarios profesionales por el trámite del recurso de apelación de la siguiente manera: Dr. Sebastián SONEIRA, en la suma de pesos VEINTE MIL ($ 20.000); Dr. Oscar N. PORTABELLA, en la suma de pesos VEINTE MIL ($ 20.000); Dr. Italo Pablo PAPPALARDO, en la suma de pesos DOCE MIL ($ 12.000); Dr. Nicolás ARTAL CONTE, en la suma de pesos VEINTIOCHO MIL ($ 28.000) y Dr. Pedro J. ESTEVES, en la suma de pesos OCHO MIL CUATROCIENTOS ($ 8.400) (arts. 15 y 31 Ley 9131)".

II.- Imponer las costas de la instancia extraordinaria a la recurrida vencida.

III.- Regular los honorarios profesionales por la instancia extraordinaria de la siguiente manera: Dr. Sebastián SONEIRA, en la suma de pesos SESENTA MIL ($ 60.000); Dr. Nicolás Andrés ARTAL CONTE, en la suma de pesos VEINTIOCHO MIL ($ 28.000) y Dr. Pedro J. ESTEVES, en la suma de pesos OCHO MIL CUATROCIENTOS ($ 8.400). (arts 15 y 31 Ley 9131).

IV.- Transferir a la orden del recurrente la suma de pesos DIEZ MIL ($ 10.000), con imputación a la boleta de depósito obrante a fs. 24. Previo, denuncie el recurrente CUIT y CBU.

Notifíquese. — *María Teresa Day. — Pedro J. Llorente.*

RESPONSABILIDAD DE ENTIDAD BANCARIA

Robo a nueve cuadras de la entidad tras realizar una extracción de dinero. Cliente que fue "marcado" dentro de la sucursal. Obligación de seguridad. Derecho del consumidor.

1. — No es cierto que, como lo sostiene el demandado, en el caso se pretenda extender la obligación de seguridad a varias cuadras del establecimiento bancario. Por el contrario, el incumplimiento de ese deber calificado tuvo lugar, en primer término, dentro de la propia sucursal, y el posterior desapoderamiento que sufrieron los actores en la calle no fue sino una continuación de esa infracción —en el marco de una secuencia ininterrumpida—, y se presenta, por lo demás, como una consecuencia previsible de la circunstancia de haber "marcado" a los clientes cuando concurrieron a la entidad. Es que ha quedado acreditado que, aunque los actores sufrieron un daño al ser robados a varias cuadras de la sucursal, eso sucedió porque personas que se encontraban en el interior del banco demandado los señalaron para que pudiera perpetrarse el hecho delictivo.

2. — El hecho de que el robo tuvo lugar a unas cuadras del banco en nada excusa, como pretende la quejosa, su responsabilidad, dado que esa circunstancia fue solo la última etapa de una maniobra que comenzó a desarrollarse en el interior de la sucursal.

3. — Incluso si —por vía de hipótesis— se considerase que la situación excede el ámbito de la obligación de seguridad, eso no variaría la responsabilidad del demandado. Es que la prueba de que existían fallas en el sistema de seguridad de la sucursal —lo que permitió que varios clientes fuesen "marcados" y posteriormente asaltados— configura sin dudas un vicio del servicio, lo que acarrearía igualmente la responsabilidad extracontractual objetiva de la entidad en los términos del art. 40 de la ley 24.240. Y aun de enmarcarse la cuestión en el derecho común, el banco respondería por el hecho de sus dependientes, e incluso por la propia culpa de sus directores o administradores, al no haber adoptado las medidas necesarias para prevenir hechos como el descripto.

CNCiv., sala A, 16/07/2021. - Molteni Hevel, Osvaldo y otro c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/106040/2021]

Expte. n° CIV 041812/2005/CA001

Buenos Aires, 16 de julio de 2021.

¿Se ajusta a Derecho la sentencia apelada?

El doctor *Picasso* dijo:

I.- En la sentencia de fs. 788/795 se hizo lugar a la demanda y, en consecuencia, se condenó al Banco de

la Provincia de Buenos Aires a abonar, dentro del plazo de diez días, la suma de $ 71.913 a Hevel Osvaldo Molteni, y la de $ 77.913 a María Romana Iemma, con más los intereses y las costas del juicio.

El pronunciamiento fue apelado por el demandado, quien expresó agravios a fs. 819/827. Corrido el traslado de ley, la contraria guardó silencio.

II.- Memoro que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes, ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino que pueden centrar su atención únicamente en aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 386, Código Procesal).

Por otra parte, creo menester poner de resalto que, si bien a partir del 1 de agosto de 2015 ha entrado en vigor el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, los hechos ventilados en el sub lite (y por ende, la constitución de la obligación de reparar) han acaecido durante la vigencia del Código Civil derogado. Por consiguiente –y con excepción de lo que enseguida diré respecto de la cuantificación del daño– la cuestión debe juzgarse –en principio– a la luz de la legislación derogada, que mantiene ultractividad en este supuesto (art. 7, Código Civil y Comercial de la Nación; vid. Roubier, Paul, Le droit transitoire. Conflit des lois dans le temps, Dalloz, Paris, 2008, p. 188/190; Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 158).

Debe hacerse la excepción a esta regla en lo que respecta a las normas relativas a la cuantificación del daño, dado que ellas no se refieren a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino solo a las consecuencias de ella, y no varían la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, pues se limitan a sentar una pauta para su liquidación. En este sentido dice Kemelmajer de Carlucci: "Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 234). Por este motivo las reglas contenidas en los arts. 1741 -último párrafo-, 1746 y concs. del Código Civil y Comercial son directamente aplicables al sub lite.

Más allá de ello, incluso en los aspectos que continúan siendo regidos por la legislación derogada, las disposiciones del Código Civil y Comercial constituyen una valiosísima pauta interpretativa, en tanto condensan las actuales tendencias doctrinales y jurisprudenciales y expresan además la intención del legislador de nuestros días (esta sala, 25/6/2015, "C., J. M. c/ B., C. R. y otros s/ daños y perjuicios"; ídem, 30/3/2016, "F., C. E. c/ D. P., V. G. y otro s/ daños y perjuicios", expte. n.° 11.725/2013; ídem 11/10/2016, "R., J. O. c/ A., A. B. y otro s/ nulidad de acto jurídico" y "A., A. B. y otro c/ R., J. O. s/ restitución de bienes", exptes. n.° 47.289/2001 y 38.328/2003; CACyC Azul, sala II, 15/11/2016, "F., R. A. c/ F. M. y otra s/ desalojo", LL 2017-B, 109, RCCyC 2017 (abril), 180; Galdós, Jorge Mario, "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", LL 16/11/2015, 3).

III.- En su escrito inicial, expresaron los actores que el 21/5/2003 suscribieron con el Banco de la Provincia de Buenos Aires, en la sucursal Federico Lacroze de esta ciudad, una solicitud de cancelación de depósitos reprogramados –de acuerdo con lo establecido en el decreto 739/2003–, con el objeto de retirar en pesos una suma de dinero que había sido oportunamente depositada en dólares estadounidenses. El 28/5/2003, según manifestaron, le fue entregada –en una oficina interna de aquella sucursal– la suma de $ 13.826,23.

Los demandantes dijeron que el dinero fue guardado entre las ropas de Hevel Osvaldo Molteni, y que partieron caminando desde la sucursal hacia su casa, que quedaba a nueve cuadras del lugar. Al llegar a la intersección de las calles Federico Lacroze y Martínez –según su relato–, fueron robados por dos individuos, quienes venían en una motocicleta y sabían no solo el lugar exacto en el que Molteni había guardado el dinero, sino también cuánto era.

Consideraron que el robo del que resultaron víctimas no pudo haber sido perpetrado sin la fundamental colaboración de algún empleado infiel del banco demandado.

Al contestar la demanda, el Banco de la Provincia de Buenos Aires destacó que cumplió con todas las medidas de seguridad propias de la actividad que desarrolla, dentro del recinto de la sucursal donde los actores percibieron su depósito, y que no es cierto que sus empleados hubieran colaborado con los supuestos atacantes. Agregó, por otra parte, que no le corresponde velar por la seguridad los clientes hasta que lleguen a sus casas.

El juez de grado, luego de analizar la prueba, y de encuadrar el vínculo entre las partes como una relación de consumo, consideró acreditado el incumplimiento de la obligación de seguridad, y condenó al banco a abonar a los demandantes los daños y perjuicios generados en consecuencia.

En esta alzada, el demandado se queja de la responsabilidad que le fue atribuida, de la procedencia de las partidas reconocidas en la anterior instancia en concepto de "daño moral" y "daño psíquico", y también de los intereses fijados en la sentencia.

IV.- En cuanto a la responsabilidad que se le ha adjudicado, y en lo sustancial, el apelante entiende que el magistrado de grado no ha tenido en cuenta los "límites razonables" de la obligación de seguridad, esto es, que este deber no puede extenderse hasta el radio en el que ocurrió el hecho delictivo, a nueve cuadras de la entidad financiera. Afirma que no existió obrar antijurídico alguno de su parte, ni nexo de causalidad entre su actuar y los daños invocados por los actores. En resumen, objeta la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, y que se haya interpretado que tiene un deber de vigilancia en el transporte del dinero hasta el domicilio de los clientes.

Coincido con el criterio adoptado en la instancia de grado en el sentido de que, en tanto los actores utilizaron como destinatarios finales un servicio brindado por el demandado, se configuraron los extremos definidos por los arts. 1 y 2 de la ley 24.240; por lo que es indudable que entre las partes medió una relación de consumo, en los términos del art. 3 de la mencionada norma. En consecuencia, la cuestión debe ser analizada a la luz de los arts. 42 de la Constitución Nacional y 5 y concs. de la ley 24.240, independientemente de que las partes lo hayan o no invocado, pues, como es sabido, corresponde al juez determinar el derecho aplicable a los hechos planteados por los litigantes, más allá de la calificación que estos les hayan asignado (iura novit curia). Adicionalmente, surge del art. 63 de la norma citada que se trata de una ley de orden público y, como tal, debe ser aplicada de oficio por el juez (esta sala, 21/11/2012, "R., F. y otro c/ Parque de la Costa S.A. y otro s/ daños y perjuicios", RCyS 2013-II, 183).

Las mencionadas normas establecen de forma expresa, en cabeza del proveedor, una obligación de seguridad de resultado (vid. esta sala, L. n° 587.865, 19/4/2012, "D. G., P. A. c/ Valle de Las Leñas S.A. y otro s/ daños y Perjuicios"; L. 593.524, 30/5/2012, "R., C. A. c/ Metrovías S.A. s/ daños y perjuicios"; L. 599.423, 30/8/2012, "P. C., L. E. c/ ALCLA S.A.C.I.F.I. Y A. y otro s/ daños y perjuicios"; L. 590.706, 15/11/2012, "T., R. F. c/ Swiss Medical S.A. y otro s/ daños y perjuicios"; L. 591.873, 21/11/2012, "R., F. y otro c/ Parque de la Costa S. A. y otro s/ daños y perjuicios"; entre muchos otros). Como consecuencia de ello, cualquier daño sufrido por el consumidor en el ámbito de la relación de consumo compromete la responsabilidad objetiva del proveedor (conf. mis trabajos "Las leyes 24.787 y 24.999: consolidando la protección del consumidor", en coautoría con Javier H. Wajntraub, JA, 1998-IV-753, "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema", LL, 2008-C-562, y mi comentario al art. 10 "bis" de esa ley en Picasso, Sebastián – Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dirs.), Ley de defensa del consumidor comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 160 y ss. Vid. asimismo López Cabana, Roberto M., en Stiglitz, Gabriel (dir.), Derecho del consumidor, nro. 5, Juris, Buenos Aires, 1994, p. 16; Mosset Iturraspe, Jorge – Lorenzetti, Ricardo L., Defensa del consumidor, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 311; Hernández, Carlos – Frustagli, Mónica, comentario al art. 5 de la ley 24.240 en Picasso – Vázquez Ferreyra, Ley de defensa del consumidor comentada y anotada, cit., t. I, p. 96; Ariza, Ariel, "Contrato y responsabilidad por daños en el derecho del consumo", en Ariza, Ariel (coord.), La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 128; Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 285).

Probado el incumplimiento, al deudor que pretende su liberación compete, entonces, la prueba de que el cumplimiento de la obligación de seguridad se ha vuelto imposible como consecuencia de un hecho que reúne los caracteres del caso fortuito (esta sala, L. 581.709, del 25/11/2011, publicado en LL 2011- F-10, y RCyS 2012-II-156, entre muchos otros).

Respecto de este último punto –como también lo puntualizó la sala en el precedente mencionado en último término–, señalo que la doctrina ampliamente mayoritaria afirma que la imposibilidad de cumplimiento, para extinguir la obligación (art. 888, Código Civil) y, al mismo tiempo, liberar al deudor de responsabilidad (arts. 513 y 514 del citado código), debe reunir los caracteres de objetiva, absoluta y no imputable al obligado. En particular, es preciso que se esté ante una imposibilidad absoluta (Bueres, Alberto J., "El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor", Revista de Derecho Privado y Comunitario, nº 17 (Responsabilidad contractual), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 113; Pizarro, Ramón D. – Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3, p. 312; Colmo, Alfredo, De las obligaciones en general, Buenos Aires, 1928, p. 616; Boffi Boggero, Luis M., Tratado de las obligaciones, Astrea, Buenos Aires, 1986, t. 4, p. 567; Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Obligaciones, Perrot, Buenos Aires, 1967, t. III, p. 286 y 287; le Tourneau, Philippe - Cadier, Loïc, Droit de la responsabilité, Dalloz, París, 1996, p. 262; Larroumet, Christian, Droit Civil. Les obligations, París, 1996, p. 782; Radouant, Jean, Du cas fortuit et de la force majeure, Arthur Rousseau, Paris, 1920, p. 47), lo que significa que, como lo señalaba Osti, existe un impedimento para cumplir que "no puede ser vencido por las fuerzas humanas" (Osti, Giuseppe, "Revisione critica della teoria sulla imposi-

bilitá della prestazione", Rivista di Diritto Civile, 1918, p. 220).

Por esa razón, la mera difficultas prestandi no es apta para eximir al obligado (Llambías, Obligaciones, cit., t. III, p. 287; Pizarro-Vallespinos, Obligaciones, cit., t. 3, p. 310). No obstante, corresponde poner de resalto que esta concepción debe ser morigerada por las exigencias de la buena fe y la prohibición del abuso del derecho (Bueres, "El incumplimiento de la obligación...", cit., p. 116), pues, como bien lo enseña Lafaille, no puede entenderse a la imposibilidad "como una situación tal que resista a todo género de esfuerzo, y sí como aquello que humanamente corresponde exigir de la actividad a la cual está comprometido el deudor" (Lafaille, Héctor, Tratado de las obligaciones, Ediar, Buenos Aires, 1947, t. I, p. 459 y 460).

En definitiva, como con acierto lo señala Gamarra, el carácter absoluto de la imposibilidad se relaciona con los requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad propios del caso fortuito. En tal sentido, apunta el autor citado: "imprevisibilidad e irresistibilidad no solo deben considerarse desde la persona del deudor, sino que también imponen –de regla– una determinada consistencia y magnitud en el evento impeditivo, que es la que lo vuelve insuperable; hay imposibilidad absoluta cuando el obstáculo está dotado de una resistencia que lo torna invencible" (Gamarra, Jorge, Responsabilidad contractual, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, t. II, p. 172).

Ahora bien, no es cierto que, como lo sostiene el demandado, en el caso se pretenda extender la obligación de seguridad a varias cuadras del establecimiento bancario. Por el contrario, el incumplimiento de ese deber calificado tuvo lugar, en primer término, dentro de la propia sucursal, y el posterior desapoderamiento que sufrieron los actores en la calle no fue sino una continuación de esa infracción –en el marco de una secuencia ininterrumpida–, y se presenta, por lo demás, como una consecuencia previsible de la circunstancia de haber "marcado" a los clientes cuando concurrieron a la entidad.

Es que ha quedado acreditado que, aunque los actores sufrieron un daño al ser robados a varias cuadras de la sucursal, eso sucedió porque personas que se encontraban en el interior del banco demandado los señalaron para que pudiera perpetrarse el hecho delictivo.

Para llegar a esa conclusión, he tenido en cuenta que el Coordinador del Programa Nacional Anti Impunidad, dependiente del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, informó que en el año 2003 hubo "aproximadamente una decena de asaltos" de clientes de la mencionada sucursal del Banco Provincia de Buenos Aires, y que, luego de esos hechos, fueron trasladados a otras sucursales de aquella entidad los empleados que atendieron al Sr. Molteni y a su esposa (el Sr. Sarmiento, que estuvo encargado del trámite administrativo, y la Sra. Di Nisio, subtesorera que le entregó el dinero en un despacho privado del banco; vid. fs. 45 de la causa penal).

Otros damnificados, que sufrieron robos después de retirar dinero de la sucursal antes identificada, también destacaron en sus relatos que los delincuentes estaban informados de la plata que habían sustraído del banco. Así lo manifestaron los Sres. Menzo y Hadud a fs. 59 y 65 de la causa penal y a fs. 602/603 de estos autos.

De igual modo se refirió al tema el Sr. Lino, quien fue contratado por la gerencia de seguridad del banco en cuestión. El deponente fue contundente en que los robos en la sucursal de la cual retiraron el dinero los actores "fueron varios, que se sucedieron en varios meses. Que a él lo encomendaron instruir al personal policial para la prevención (...) para que adviertan la presencia de los posibles 'marcadores', porque así una vez que se los identifica, estos se retiran rápidamente. Aclara que esa medida arrojó frutos porque no se sucedieron nuevamente este tipo de hechos" (fs. 103, causa penal).

El Sr. Puppo, quien se desempeñó como gerente en la sucursal antes identificada desde el mes de septiembre de 2003 –es decir, tiempo después de los hechos relatados por los demandantes– expresó: "el dicente empezó a visitar distintos clientes, concluyendo de las charlas que tuvo con estos, que la sucursal tenía problemas de seguridad, ya que muchos de estos decían que en alguna u otra oportunidad habían sido robados luego de cobrar sumas de diversa importancia. Ante ello, el compareciente informó dicha circunstancia a su superioridad y se envió a un especialista en seguridad, quien implementó distintos cambios a nivel seguridad en la sucursal, que iban desde un discreto control de los clientes hasta el cambio de la custodia policial por custodia de la guardia de infantería, todo lo que arrojó como resultado que el nivel de robos entre los clientes disminuyera en su gran porcentaje" (fs. 137 vta., causa penal).

Asimismo, quien fue contratado como encargado de la seguridad del banco dijo que era obligación de las entidades bancarias tener un circuito cerrado de filmación, pero que aquella sucursal no lo poseía "por problemas económicos"; y agregó: "En ocasiones que se efectúan los pagos en reserva genera malestar en los clientes, porque si bien se hace en un recinto alejado a la vista del público, todos los desplazamientos del cajero o tesorero pueden ser advertidos por cualquiera de los clientes que están en las filas, máxime

cuando sale de la línea de caja con los billetes en varios fajos y se dirigen a lugar de reserva. Manifiesta que los marcadores se pueden encontrar en las filas de las cajas, así ven toda esta operativa, y marcan a la persona que se retira con una buena cantidad de dinero. Aclara que esto lo dice en generalidad, que no está refiriéndose a este caso en particular" (fs. 103 vta., de aquellos autos).

Así las cosas, es fácil advertir que el hecho de que el robo tuvo lugar a unas cuadras del banco en nada excusa, como pretende la quejosa, su responsabilidad, dado que esa circunstancia fue solo la última etapa de una maniobra que comenzó a desarrollarse en el interior de la sucursal. En el mismo sentido, por lo demás, se ha pronunciado la jurisprudencia (esta cámara, Sala K, 18/8/2017, "P., H. E. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ Daños y perjuicios", expte. n.° 25936/2011; idem, Sala H, 14/10/2015, "O., G. D. c/ Banco Superville; s/ Daños y Perjuicios. Ordinario", expte. n.º 73376/2012).

Frente a la acreditación del daño sufrido por los actores con motivo de la relación de consumo, competía al demandado –según lo que ya señalé– demostrar la imposibilidad de cumplimiento derivada del caso fortuito, en los términos de los arts. 513, 514 y 888 del Código Civil y 10 "bis" de la ley 24.240, lo que ni siquiera ha sido alegado en la especie.

Solo a mayor abundamiento, apunto que, incluso si –por vía de hipótesis– se considerase que la situación excede el ámbito de la obligación de seguridad, eso no variaría la responsabilidad del demandado. Es que la prueba de que existían fallas en el sistema de seguridad de la sucursal –lo que permitió que varios clientes fuesen "marcados" y posteriormente asaltados– configura sin dudas un vicio del servicio, lo que acarrearía igualmente la responsabilidad extracontractual objetiva de la entidad en los términos del art. 40 de la ley 24.240. Y aun de enmarcarse la cuestión en el derecho común, el banco respondería por el hecho de sus dependientes (art. 1113, primer párrafo, Código Civil), e incluso por la propia culpa de sus directores o administradores, al no haber adoptado las medidas necesarias para prevenir hechos como el descripto (arts. 43 y 1109 Código Civil).

Para cerrar la cuestión, agregaré que la reserva de la investigación penal se debió a que no hubo prueba que permitiera "dar con los autores materiales de la sustracción". (fs. 147/148 de la causa penal n.° I-17-04981/2003, caratulada "N. N. s/ Robo con armas", en trámite ante la Fiscalía de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción n.° 17 de esta ciudad). Esta circunstancia no tiene, en estas actuaciones, la relevancia que pretende el emplazado, pues lo que aquí interesa es que el Banco de la Provincia de Buenos Aires incumplió su obligación de seguridad, independientemente de quiénes hayan sido los autores del robo.

Por esos fundamentos, juzgo que corresponde rechazar los agravios vertidos sobre este punto y confirmar la sentencia en lo que se refiere a la responsabilidad del Banco de la Provincia de Buenos Aires, lo que así propongo al acuerdo.

IV.- Corresponde ahora analizar las restantes quejas del demandado, que se refieren a los rubros "daño moral" y "daño psicológico", aunque –no resulta ocioso decirlo– los argumentos se encuentran rayanos con la deserción. Otro tanto sucede con el cuestionamiento sobre los intereses.

En primer lugar, destaco que la referencia que hace el apelante sobre el art. 522 del Código Civil, en el sentido de que, en el campo contractual, la reparación del daño moral debe ser interpretada con criterio restrictivo, es insostenible hoy en día, según he tenido la oportunidad de explicarlo en otros antecedentes (ver mis votos en esta sala, 19/12/2012, "M., A. N. c/ V. y otro s/ daños y perjuicios", L. n.° 591.689; ídem, 27/12/2012, "S., F. c/ A., A. G. s/ cumplimiento de contrato" y "A., A. G. c/ S., F. s/ daños y perjuicios", L. n.° 605.448 y 605.449, entre muchos otros).

Pero más allá de ello lo cierto es que, incluso si por hipótesis se aplicase un criterio restrictivo, el hecho de haber sufrido el robo a mano armada de una suma considerable de dinero pasa con mucho de ser una mera molestia derivada ordinariamente de un incumplimiento contractual. Asimismo, en el caso se probó la existencia de lesiones psíquicas que dejaron secuelas permanentes en los actores. Por todo ello, la existencia de un daño moral es, sin lugar a dudas, presumible en este caso.

Por otra parte, es cierto que el Sr. Molteni falleció el día 10/9/2007 (fs. 638 de estos autos). Sin embargo, la presente causa fue iniciada el 27/5/2005 (fs. 63 vta. de este expediente), es decir, antes de su deceso. No hay impedimento, entonces, para fijar una indemnización por los perjuicios que fueron solicitados en vida por la víctima directa. Es sabido que los herederos forzosos pueden continuar la acción iniciada con anterioridad por el damnificado directo. Aquellos no ejercitan la acción iure proprio sino que lo hacen iure hereditatis. Así resulta del art. 1.099 del Código Civil, a cuyo tenor: "Si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino agravio moral, como las injurias o la difamación, la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto". Aún más claramente, dispone ahora el art. 1741 del Código Civil y Comercial: "La acción solo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por este".

Respecto de la cuantía del daño moral, si bien se enuncia en el escrito que se esbozará una queja sobre el punto, lo cierto es que en el desarrollo no se encuentra una sola línea sobre tal aspecto.

El apelante también sostiene que, como se otorga una suma por "daño moral", no corresponde dar otra por "daño psicológico". Lo cierto es que el rubro "incapacidad sobreviniente" cubre únicamente las consecuencias patrimoniales de la merma psíquica, mientras que las extrapatrimoniales deben ser resarcidas a título de daño moral. No hay, pues, superposición de indemnizaciones, sino dos daños distintos que derivan de las mismas lesiones, consideradas estas últimas como "daño-evento".

Ahora bien, de la pericia psicológica surge que ambos demandantes padecieron una incapacidad en la esfera psicológica del 15 % (fs. 616 vta. y 629 vta., de este expediente). Esta conclusión no fue cuestionada en primera instancia por el emplazado (vid. fs. 667 de estas actuaciones). Dado que no pueden efectuarse planteos en esta alzada que no fueron sometidos a conocimiento del anterior sentenciante (art. 277, Código Procesal), el tratamiento de este tema se encuentra vedado ahora para el tribunal.

Finalmente, respecto de los intereses, el apelante se limita a manifestar que, debido a que como "el proceso judicial fue demorado por la prueba superflua e innecesaria ofrecida por la actora y además, fortuitamente, por el fallecimiento del Sr. Molteni, (...) no resulta imputable a esta parte la demora de 13 años en obtener sentencias de primera instancia" (sic). Esta general afirmación está lejos de constituir la crítica concreta y razonada que exige el artículo 265 del Código Procesal, por lo que corresponde declarar desierto el recurso en este punto.

Opino, en síntesis, que las quejas del recurrente respecto de los rubros "daño moral" y "daño psicológico" deben ser descartadas y, en consecuencia, confirmarse la sentencia sobre esos aspectos; y, por otro lado, declararse desierto el recurso en lo que hace a los intereses.

VI.- En atención al resultado de los agravios del apelante, en los términos del art. 68 del Código Procesal, juzgo que las costas de alzada deberían imponerse al demandado.

VII. En síntesis, y para el caso de que mi voto fuere compartido, propongo al acuerdo confirmar la sentencia apelada en todo lo que decide y fue objeto de apelación y agravios, con costas de alzada al demandado vencido.

Finalmente, postulo diferir la regulación de los honorarios profesionales para una vez que hayan sido fijados los correspondientes a la primera instancia.

El doctor *Li Rosi* votó en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por doctor *Picasso*.

La vocalía n.° 2 no interviene, por hallarse vacante.

Con lo que terminó el acto.

Buenos Aires, 16 de julio de 2021.

Vistos:

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, *Resuelve:* confirmar la sentencia apelada en todo lo que decide y fue motivo de apelación y agravios, con costas de alzada al demandado vencido.

Difiérese la regulación de los honorarios profesionales para una vez que hayan sido fijados los correspondientes a la primera instancia.

Notifíquese en los términos de las acordadas 31/11, 38/13 y concordantes de la C.S.J.N., comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica, y devuélvase. — *Sebastián Picasso.* — *Ricardo Li Rosi.*

LESIONES POR CAÍDA EN LOCAL COMERCIAL

Piso resbaladizo. Cosa riesgosa. Relación de consumo. Responsabilidad objetiva.

1. — La demanda de daños debe ser admitida, ya que —de acuerdo con la prueba incorporada a la causa— la caída de la actora en el establecimiento de propiedad de la demandada se debió a que el piso de la rampa en la que se accidentó se encontraba resbaladizo, circunstancia que lo tornó en una cosa riesgosa. Las endebles manifestaciones que efectúan las emplazadas relativas a la idoneidad de los testigos no bastan para privar a sus dichos de eficacia probatoria, pues si bien dan versiones diferentes sobre determinados detalles del hecho, lo cierto es que sitúan el evento dentro del espacio de ventas del local de la empresa demandada, dan cuenta de que el piso de la rampa donde se cae la accionante no se encontraba en condiciones aptas para su circulación, que dicha circunstancia no estaba debidamente señalizada, que fue atendida por la asistencia médica que solicitó el personal del local comercial y evidencian el daño padecido por la actora que encuentra correspondencia, por otro lado, con la atención recibida en el hospital.

2. — La caída de la actora en un local comercial se rige por las normas que regulan la defensa del consumidor. De modo tal, que resulta aplicable la responsabilidad objetiva prevista en el art. 40 de la ley 24.240 en cuanto explícitamente dispone que si el daño proviniere de la prestación del servicio responderá el proveedor, quien solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Caída en local comercial.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Edad: 37 años.

Actividad: Venta de comida por cuenta propia.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $450.000

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: $900.000

CNCiv., sala F, 17/06/2021. - Gutiérrez, Claudia Noemí c. Arcos Dorados Argentina Sociedad Anónima s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/82079/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expte. n° CIV 010101/2017/CA001

Buenos Aires, 17 de junio de 2021.

Considerando:

I.- Claudia Noemí Gutiérrez demandó a Arcos Dorados Argentina Sociedad Anónima la reparación de los daños y perjuicios derivados del accidente ocurrido el 7 de marzo de 2016 en la localidad de Tortuguitas, partido de Malvinas Argentinas, provincia de Buenos Aires. Solicitó la citación en garantía de Zurich Argentina Compañía de Seguros Sociedad Anónima.

Relató que aproximadamente a las 8:30 hs. ingresó junto a su pareja José Luis Palacio al local de McDonald´s de propiedad de Arcos Dorados Argentina Sociedad Anónima situado en el exterior del shopping Tortugas Open Mall, frente a la pista de patinaje. Aproximadamente a las 8:50 hs. luego de consumir los productos adquiridos se dirigió a la puerta ubicada en el lateral del comercio y cuando caminaba por la rampa de salida perdió en forma imprevista la estabilidad cayéndose al piso. Se patinó porque el suelo se encontraba mojado y resbaladizo debido a que minutos antes habían baldeado con algún producto de limpieza sin haber puesto elementos de advertencia. La gravedad de las lesiones en su pie izquierdo le impidieron incorporarse. Fue asistida por personal del local y pasada una hora de la ocurrencia del hecho arribó una ambulancia de Vittal que la trasladó al Hospital de Traumatología y Emergencias Dr. Federico Abete donde la atendieron por guardia, le extrajeron placas radiográficas, diagnosticaron fractura de tobillo izquierdo, colocaron una valva, recetaron analgésicos y aconsejaron concurrir a un centro médico de mayor complejidad. Al día siguiente se dirigió al Hospital Santojanni donde le indicaron tratamiento quirúrgico y le prescribieron la compra de una prótesis y elementos de osteosíntesis. Fue intervenida el 23 de marzo de 2016, recibió tratamiento ambulatorio curaciones semanales le colocaron una bota de yeso, recomendaron reposo por dos meses sin movilización y al tercer mes utilizó muletas. A la fecha de la interposición de la demanda -9/3/17-, refirió que apenas puede caminar y que nuevamente debe ser intervenida en razón de que la prótesis colocada no cumplió con su función específica (ver fs. 38, punto IV).

La Sra. juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a la emplazada a abonar a la actora la suma de $1.138.300, más los intereses y las costas del proceso. Hizo extensiva la condena a la aseguradora citada en garantía.

El pronunciamiento fue recurrido por la totalidad de las partes y la citada en garantía. La parte actora fundó su apelación el 12 de noviembre de 2020 que fue respondido por la citada en garantía el 4 de diciembre de 2020 quien sustentó su recurso el 17 de noviembre de 2020 en una presentación que fue contestada por la actora el 2 de diciembre de 2020 y la demandada expresó agravios el 3 de noviembre de 2020 cuyo traslado fue respondido por la accionante el 20 de noviembre de 2020.

II.- Frente a las críticas que manifiesta la demandada y la citada en garantía atinentes a la responsabilidad endilgada en primera instancia, considero útil

recordar lo expresado por el distinguido colega, Dr. Eduardo A. Zannoni, en un precedente en el que se encontraba acreditada la caída al piso de una mujer (CNCiv. Sala F, febrero 19/2007, "Goldwaser, Aída c/ Alto Palermo S.A. (APSA) y otro s/ daños y perjuicios", L. 461.960). Allí destacó: "...no es el mero acaecimiento de este hecho material -la caída- el que atribuye responsabilidad en los términos del art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil –actual art. 1757 del CCyCN-. El quid radica en determinar si esa caída fue debida a la actuación del riesgo o vicio de la cosa, o, lo que es igual, que fue causada por el riesgo inherente al estado en que se hallaba la superficie del piso o vereda del shopping en el lugar del hecho. No es el hecho material el que crea la responsabilidad del dueño o guardián -la caída de la actora, en nuestro caso- sino que tal responsabilidad nace de un factor de atribución: haber creado o no conjurado el riesgo del cual se sigue el daño (conf., Mosset Iturraspe, Responsabilidad por culpa o riesgo creado, en: "Estudios de responsabilidad por daños", t. y, pág. 28, que cita Kemelmajer de Carlucci, en: Belluscio-Zannoni, Código Civil, comentado, t. 5, comentario al art, 1113, pág. 458/9, Astrea, Bs. As. 1994)." "La idea de riesgo no se identifica totalmente con la causalidad material: no se responde por la mera causación del daño; hay de por medio un factor objetivo de atribución: el haber creado el riesgo del cual se sigue el daño" (Trigo Represas-López Mesa, Tratado de responsabilidad civil, t.I, pág. 625, La Ley, Bs. As. 2004). En otras palabras debe establecerse si el estado en que se hallaba esa superficie era un riesgo para quien transitaba por ella -el mal estado, por ejemplo, o la existencia de un elemento que la tornaba resbaladiza, etcétera- y que la actuación de ese riesgo fue la que provocó la caída. Cuando la responsabilidad se atribuye en virtud de factores objetivos es menester que medie una relación de causalidad adecuada entre la actuación del factor riesgo y el daño" (ver voto del Dr. Zannoni en el precedente antes citado).

Asimismo, debo señalar que la normativa actualmente vigente contempla en forma concordante con la anterior que toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas (art. 1757 del CCyCN), y explícitamente expresa que se trata de una responsabilidad objetiva, supuesto en el que la culpa del agente es irrelevante (art. 1722 del CCyCN). De modo tal que el responsable se libera demostrando la causa ajena (art. 1722 CCyCN), circunscripta al hecho de un tercero por quien no se deba responder que reúna los caracteres del caso fortuito (art. 1731 CCyCN), o al hecho del propio damnificado (art. 1729 CCyCN). La actora debe probar la relación de causalidad que alega, excepto que la ley la impute o la presuma (art. 1736 CCyCN), o el caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730 del CCyCN).

Es así que cuando, como ocurre en el presente caso, se demanda en virtud de un accidente que habría sido provocado por la intervención de una cosa inerte la víctima tiene que probar la configuración del riesgo o vicio de la cosa, ya que esta deviene activa y operante del daño en razón del vicio que presenta. Por lo tanto, incumbe al damnificado arrimar elementos que hagan precisamente a ese factor desencadenante (Conf. CNCiv. Sala "I", agosto 31/2010, "Britez, Ignacia c/ Ocho Dragones S.A. s/ daños y perjuicios", L.550.028).

De esta forma, no hay dudas de que se encontraba a cargo de la actora la demostración de que el accidente se produjo porque el piso de la rampa de salida del establecimiento de propiedad de la demandada presentaba algún vicio –en el caso mojado que lo tornara resbaladizo- que fue causa eficiente del daño cuya reparación reclama en autos. Y a partir de esa comprobación causal es que se generaría la atribución de responsabilidad objetiva, la cual solo podría ser exonerada con la demostración de las eximentes contempladas por la norma antes citada, lo que para la Sra. juez de grado se encontró probado.

De la prueba producida, surge que Socorro Médico Privado S.A. (VITTAL), informó que "el día 7/3/16 aproximadamente a las 9:03 hs. se solicitó asistencia médica de urgencia por síntomas de traumatismo desde el local de McDonald's sito en la Ruta Panamericana Km 36.500 Ramal Pilar, para la Sra. Gutiérrez Claudia Noemí de aproximadamente 45 años de edad. La misma fue trasladada por nuestro móvil al Hospital Pablo Nogues Abete, con diagnóstico de trauma en miembros moderado". Asimismo, de la Historia Clínica Abreviada remitida por la dirección del Hospital de Trauma y Emergencias Dr. Federico Abete se constata: "paciente femenina que es traída en ambulancia sin collar cervical ni tabla rígida...rx. luxofractura trimaleolar de tobillo izquierdo. Se realiza reducción incruenta e inmoviliza con valva suropédica" (ver fs. 218, 258 y 276).

A instancias de la parte actora declararon tres testigos:

Antonella Elizabeth López relató: "...estaba yendo a tomar algo con mi marido al McDonald´s que no recuerdo ahora la ubicación exacta pero que está en un Shopping que es el de Tortugas. Y cuando ingresamos a dicho lugar vemos que una señora se cae, se resbala de una rampa ubicada en frente del estacionamiento del McDonald´s. Y con mi marido la fuimos a ayudar y estaba muy dolorida no la podíamos mover. La quisimos levantar pero no pudimos. Estuvimos un rato hasta que vinieron atenderla gente del McDonald´s y mi marido estaba hablando con un señor que no se si era el marido de la mujer caída y le pidió los datos a mi marido que se llama Adrián Exequiel Zárate y vino

una ambulancia y la levantó, la revisaron y se la llevaron...el piso estaba patinozo y tenía como un detergente o algo, no sé qué le ponen... Además no había alguna señalización y nunca las ponen...En el lugar del accidente habré estado unos 15 minutos aproximadamente y el accidente fue a la mañana y creo que fue un día de semana". Al interrogatorio respondió: La ubicación de la rampa está prácticamente a la entrada del lado lateral del McDonald ´s y del otro lado hay una pista de hielo, están las escaleras y la rampa (a la tercera). Al McDonald´s se ingresa pasando el Auto-Mac (a la cuarta). La actora tenía el cabello morocho, con rulos, de contextura media, llevaba una campera violeta o de color blanco y el calzado era deportivo (a la quinta). Reconoció las fotografías obrantes a fs. 6/13, al respecto adujo: "Sí las ubico, y es lo que yo estaba diciendo y estas fotos muestran el estacionamiento que referí al principio, muestran la rampa y está la señora y la ambulancia que referí también anteriormente" (a la sexta). A repreguntas de la demandada contestó que vio la caída cuando ingresaba al McDonald´s (a la primera), en la fotografía de fs. 9 se ve el lugar donde cae (a la segunda) y conoce el nombre de la actora "porque el señor que estaba hablando con mi marido le había tomado los datos y al mes nos llegaron unos papeles o cédula para salir de testigos y en el papel decía el nombre de la señora y los hechos de lo que había pasado ese día" (a la cuarta). A repreguntas de la citada en garantía expresó que sabe que el lugar estaba patinozo porque "tenía en brazos a mi bebé y al subir por la rampa me resbalaba para abajo" (a la primera); (ver fs. 286/287).

A su turno, Adrián Exequiel Zárate refirió: "El accidente fue en McDonald´s de Tortugas que está sobre la colectora en el predio del Shopping Tortugas Mall pero creo que cambió de nombre y se llama Tom Mall. Y se ubica en casi tres partidos, partido de Malvinas, Tortugas y Tigre. Recuerdo que estábamos ingresando al local de McDonald´s y justo vimos una señora tirada en el piso en una rampa y estaba con un hombre que la quería ayudar y no sé si era el marido. Yo estaba con mi señora llamada Antonella Elizabeth López y mi hijo que estaba en el auto...recuerdo que estaba todo mojado donde se ubica la rampa y nosotros nos quedamos a esperar a ver qué pasaba y como no vino nadie y se acercó el hombre que estaba con la señora y nos pidió los datos por las dudas y luego fuimos con mi señora a comprar para desayunar y nos dirigimos al estacionamiento donde estaba el auto. En el auto estaba Thiago que en ese momento tenía 2 o 3 años y la señora seguía en el piso. La rampa está al costado derecho de McDonald´s al lado del Automac. Y esa rampa es un ingreso al local McDonald´s porque es el de las personas con capacidades diferentes...Esta persona en el piso se habrá resbalado por el agua que estaba ahí porque cuando baldean siempre dejan así y es costumbre del local...no vi ningún tipo de señalización...la señora que estaba tirada en el piso era de pelo morocha con rulos pelo largo contextura media gordita no recuerdo la ropa muy bien tenía algo oscuro y no recuerdo el calzado". Respecto a las fotografías de fs. 6/13. Contestó. "Sí reconozco las fotografías y muestran a la señora que estaba tirada en el piso y es la misma señora y la foto n° 10 muestra la señora tirada sobre la rampa de personas discapacitadas" (a la primera); (ver fs. 289/290).

Finamente, José Luís Palacio, quien manifestó que convive con la aquí actora, expresó: "...ese día entramos al local de McDonald´s a desayunar tipo 8.30 u 08.15...cuando terminamos de desayunar nos levantamos y nos dirigimos a la puerta de salida... que da a la playa de estacionamiento y salimos hacia la izquierda y hay una rampla empinada que se usa para sillas de ruedas y bajamos por ese camino que es el único y de repente veo que cae mi señora contra el piso se quejaba de dolor y yo no sabía qué hacer. Cuando le pregunté que le había sucedido me dijo que se había resbalado porque estaba el piso mojado. Y calculo que habrían baldeado porque se sentía olor a desodorante o detergente algo de eso. La quise auxiliar y me dijo que no la tocara y me decía las piernas, las piernas, entonces entro al local de McDonald´s y le aviso a uno de los supuestos encargados y era un muchacho de nombre Omar, creo si mal no recuerdo y le expliqué la situación y me dijo que esperara que iba a llamar a la ambulancia. En ese momento salgo del local y me encuentro con varias personas tratando de asistir a mi señora y ella se quejaba del dolor y no se dejaba tocar. Había varias personas que me ofrecieron su servicio de testigo o de llevarla a algún lado. En ese momento sale el muchacho del local del McDonald´s con el que yo había hablado y me dijo que estaba en camino la ambulancia y luego de unos 40 minutos o más aparece la ambulancia y el médico separa a la gente que estaba de testigo y le dio los primeros auxilios a mi señora y se la llevaron al Hospital Abete o algo así y yo fui a dicho nosocomio por mi lado...en el lugar del accidente no había señalización..." Al interrogatorio contestó: El piso de la rampa era "de color gris con un color muy brilloso que lo hace resbaladizo y con el agua calculo que se presentó el riesgo de resbalar" (a la primera). Exhibidas las fotografías de fs. 6/13 precisó: "...la foto n° 9 muestra la rampa donde cayó mi señora, otras muestran a mi señora en el piso sobre la rampa e incluso están los médicos que atendieron a mi señora y se nota además que mi señora se agarraba la pierna y no quería que nadie la tocara" (a la segunda). Respecto a si le quedaron secuelas afirmó: "tuvo secuelas y consecuencias porque ella no puede pisar bien y está mal de su pierna izquierda y además como consecuencia ella perdió su trabajo en un local gastronómico que tenía en la Av. Iriarte 3775 CABA." (a la tercera). A repreguntas de la citada en garantía manifestó que dicho local era de su mujer, no

tenía nombre, vendían sándwiches, pizzas y minutas (a la primera) y que el día del accidente el desayuno lo pagó él en efectivo (a la segunda); (ver fs. 292/293).

El examen conjunto de los elementos de prueba reseñados da sustento suficiente a la conclusión que arribara la sentenciante, en el sentido de que la caída de la actora en el establecimiento de propiedad de la demandada se debió a que el piso de la rampa en la que se accidentó se encontraba resbaladizo, circunstancia que lo tornó en una cosa riesgosa.

Las endebles manifestaciones que efectúan las emplazadas relativas a la idoneidad de los testigos no bastan para privar a sus dichos de eficacia probatoria, pues si bien dan versiones diferentes sobre determinados detalles del hecho, lo cierto es que sitúan el evento dentro del espacio de ventas del local de la empresa demandada, dan cuenta de que el piso de la rampa donde se cae la Sra. Gutiérrez no se encontraba en condiciones aptas para su circulación, que dicha circunstancia no estaba debidamente señalizada, que fue atendida por la asistencia médica que solicitó el personal del local comercial y evidencian el daño padecido por la actora que encuentra correspondencia, por otro lado, con la atención recibida en el Hospital nombrado. Por ello, en lo que respecta a la valoración que efectuó la juez "a quo" sobre los testimonios rendidos en la causa, estimo fue razonadamente apreciada a la luz de lo normado por los arts. 386 y 456 del Código Procesal.

Es de recordar el criterio jurisprudencial según el cual las declaraciones de los testigos no deben mirarse con disfavor, ni con exageradas aprehensiones. La aceptación del dicho de un testigo tiene que ser menos rigurosa que su examen para desecharlo. Esto ocurre porque, en definitiva, el juez está apoyado en la presunción jurídica de que los testigos no mienten, tanto por existir una punición legal sobre falso testimonio (art. 275 del Cód. Penal y 449 del Cód. Procesal), cuanto porque el método de interrogación judicial libre y de oficio por el juez (art. 442 del Cód. Proc.), pone de resalto el sistema posible para indagar la mendacidad en que pudiera incurrir el testigo o su falta de comprensión de los hechos (CNCiv. Sala C, abril 23/1996, "Aparicio c/ 30 de Agosto S.R.L.", L.184.485).

De allí que al tratarse de testigos presenciales, cuyos dichos no se encuentran desmentidos por otras pruebas, es que habré de darles crédito, por cuanto ellos, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, se encuentran corroborados.

Por otra parte, he de señalar que coincido con el encuadre jurídico efectuado por la sentenciante, por entender que el caso se rige por las normas que regulan la defensa del consumidor. De modo tal, que resulta aplicable la responsabilidad objetiva prevista en el art. 40 de la ley 24.240 en cuanto explícitamente dispone que si el daño proviniere de la prestación del servicio responderá el proveedor, quien solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

En el caso, parece necesario recordar que el art. 3 de la ley 24.240 (según texto ley 26.361) prevé que relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Y el concepto amplio de consumidor o usuario consagrado por el art. 1º de la referida ley, es claro que incluye a la aquí actora. Por ende, no cabe duda de que la relación entre el establecimiento -local de comidas rápidas- y quienes se encuentran en el lugar, es la de usuarios involucrados en una típica relación de consumo que excede al contrato, bastando que el usuario o consumidor se encuentre en el lugar en el cual el proveedor o prestador del servicio ejerza autoridad sobre lo que en dicho ámbito suceda (CNCiv. Sala F, septiembre 17/2003, "Torres, Erica Fabiana c/ Coto C.I.C.S.A. y otro s/ daños y perjuicios", L. 369.542; id. Sala F, noviembre 30/2006, "Conde, Javier H. c/Fortín Maure S.A.", Expte. 53.485/00).

Por lo cual corresponde concluir en que el caso en examen fue bien encuadrado por la Sra. juez en el régimen de la ley 24.240, dado que la actora se constituyó en usuaria de las instalaciones de la demandada estableciéndose así una relación de consumo y, consecuentemente, la aplicación de la normativa referida fue acertada. Ello es suficiente, para propiciar que se desestime la presente queja.

En este contexto, no debe olvidarse que el tercer párrafo del artículo 53 de la citada ley expresamente establece que "Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio", sin embargo, la demandada y su aseguradora se limitan a cuestionar la responsabilidad atribuida en primera instancia sin aportar pruebas que ofrezcan una explicación de la caída de la actora, lo que resulta llamativo ya que Arcos Dorados Argentina Sociedad Anónima contaba con suficientes elementos para oponer a la víctima en orden a acreditar que el hecho no existió o que si ocurrió fue por culpa de aquella, o bien que los daños no podrían derivar de lo efectivamente sucedido.

Así, para la demandada y su aseguradora hubiera resultado fácil ofrecer, por ejemplo, la declaración de testigos tales como empleados, personal de seguridad, aportar las filmaciones de las cámaras de seguri-

dad a fin de dar cuenta cómo fue el paso de la Sra. Gutiérrez por el establecimiento, etc., lo que en el caso claramente no ocurrió, puesto que la demandada alegó que no existe registro fílmico en virtud de que el DVR del local "graba por períodos de 19 días y luego continúa grabando por encima de lo grabado" y que no posee libro de quejas. Se suma a ello, que se declaró la caducidad de prueba testimonial oportunamente ofrecida (ver fs. 127 y 250). Como se ve, la conducta de las emplazadas constituye un elemento corroborante que autoriza a tener por probado los extremos invocados por la reclamante (conf. art. 163, inc. 5 del Código Procesal).

Por lo expuesto y por los fundamentos desarrollados por la Sra. juez, voto porque se desestimen los agravios referidos a la responsabilidad y, consecuentemente, porque se confirme este aspecto del pronunciamiento.

III.- En cuanto a los ítems indemnizatorios reconocidos en primera instancia, corresponde aclararle a la demandada y a su aseguradora que en la medida que la indemnización solicitada por la actora fue en lo que "...en más o en menos según surjan de las pruebas a producir..." (ver fs. 48, punto VIII), la sentenciante no ha fallado "ultra petita", pues ello la habilita -ponderando las circunstancias de la causa y el tiempo transcurrido desde aquel momento- a conceder una suma diferente. Esta modalidad está permitida en los pedidos de indemnización de daños y perjuicios cuando el actor no está en condiciones de valorarlos adecuadamente a priori (art. 330, inc. 6 del Código Procesal) por ser necesaria una estimación pericial o alguna otra prueba acerca de la magnitud del daño (conf. CNCiv. Sala C, causa 46.656 del 12/9/89; id. Sala E, agosto 7/2017 "Barreiro, María Luisa y otro c/ Tony Tur y otro s/ daños y perjuicios", Expte. n° 85643/09). Por lo expuesto propicio se desestime la queja en cuestión.

IV.- Incapacidad psicofísica sobreviniente y gastos de tratamiento psicológico:

Los recurrentes se agravian de que la Sra. juez *a quo* haya fijado la suma de $691.200 en concepto de indemnización por incapacidad sobreviniente. Asimismo, la citada en garantía cuestiona el monto otorgado por gastos de tratamiento psicológico ($21.600).

En concepto de incapacidad sobreviniente se resarce únicamente aquella merma permanente en la aptitud vital del ser humano, sin perjuicio de la procedencia de otros ítems que las lesiones temporarias padecidas pudieran haber generado, como gastos originados en los tratamientos o lucro cesante o la afección íntima que configure daño moral (CNCiv. Sala C, diciembre 10/1996, "Miño, Teodoro c/ Pompiglio, Marta Mabel y otro s/ daños y perjuicios", L. 197.056). Esta partida abarca todo menoscabo en la vida, la salud e integridad o armonía física o psíquica de la persona humana, por lo cual ha resuelto que el daño debe ser resarcido por tratarse de una disminución en la capacidad vital, aun en los casos en que esa merma o deterioro no dificulte la realización de tarea alguna (CNCiv. Sala C, agosto 31/1993, L.L. T. 1994-B, p. 613, fallo nº 92.215; id. Sala C, septiembre 25/1997, L. 214.716; id. junio 6/2002, "Maidana, Javier Y. c/ Reina Carlos E. y otros s/ daños y perjuicios", L. 342.607).

Lo indemnizable como incapacidad sobreviniente no son las lesiones padecidas, sino la disminución de la aptitud física o psíquica derivada de las secuelas del accidente que perduran de modo permanente, y si bien los porcentajes de incapacidad fijados en los peritajes constituyen un medio útil para la apreciación de la entidad del daño, solo tienen un valor relativo, por lo que el juzgador, con sustento en las circunstancias personales del damnificado, debe valorar principalmente las secuelas físicas o psíquicas descriptas por el experto que importen una disminución en la capacidad vital (conc. CNCiv. Sala C, septiembre 20/1999, "Huaman, María de la Cruz c/ Micro Ómnibus Norte S.A. s/ daños y perjuicios", L. 258.943; CNCiv. Sala F, febrero 17/2012 "Moreno, José Nicolás c/ Caniza, Julio Ramón s/ daños y perjuicios" L. 584.684; id. Sala F, mayo 27/2013, "Núñez Stela Maris c/ Microómnibus Ciudad de Buenos Aires S.A.T.C.I. (Línea 59) y otros s/ daños y perjuicios" L. 608.284).

Por otra parte, esta Sala ha sostenido que, en principio, no corresponde indemnizar por un lado la incapacidad psíquica y por otro el gasto por la psicoterapia correspondiente, cuando aquella patología es superada con el tratamiento, pues en tales supuestos se duplicaría la indemnización, lo cual es improcedente. Pero cuando el tratamiento no alcanza la rehabilitación total de las secuelas psicológicas del accidente, ambas partidas resultan procedentes y el magistrado debe estimarlas según las circunstancias del caso (CNCiv. Sala F, mayo 27/2013, "Núñez Stela Maris c/ Microómnibus Ciudad de Buenos Aires S.A.T.C.I. (Línea 59) y otros s/ daños y perjuicios" L. 608.284).

El perito médico presentó su informe a fs. 240/243. Luego de analizar las constancias obrantes en autos, exámenes complementarios y revisar a la actora refirió que la exploración del sistema osteomuscular revela: "Disminución de la movilidad activa y pasiva del tobillo izquierdo de 20° en flexión dorsal y planta respectivamente con reducción de la inversión y eversión de 5° con respecto al tobillo derecho. Se comprueba signo de Tinel (parestesias a la percusión), en cicatriz cara lateral de tobillo izquierdo" (ver fs. 240 bis). Indicó que presenta una disminución de la movilidad lo que le genera una alteración funcional de la marcha. Estimó un grado de incapacidad física par-

cial y permanente "del orden del 29 fuero civil de los Dres. Altube y Rinaldi" (ver fs. 241).

En virtud del pedido de aclaraciones e impugnaciones efectuadas por las partes (ver 251 y 298/299), el experto precisó que la incapacidad padecida por la reclamante es del 29% de la total obrera y valor vida. Explicó que la operación de osteosíntesis consiste en la colocación de material protésico en la región anatómica intervenida. Señaló que existe relación de causalidad verosímil desde el punto de vista médico legal entre el estado actual de la actora y el hecho narrado en el escrito de inicio. Ratificó en su totalidad lo expuesto oportunamente en su informe (ver fs. 266/267, 272 y 301).

Es bueno recordar que si bien las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, razón por la cual el dictamen no tiene efecto vinculante para él y su eficacia probatoria será estimada por el juez en la sentencia de conformidad con las reglas de la sana crítica, el juez para apartarse de sus conclusiones debe encontrar apoyo en razones serias, objetivamente demostradas o inferibles de las circunstancias del caso de acuerdo a los hechos comprobados de la causa reveladores de que el dictamen se halla reñido con principios lógicos o máximas de la experiencia o contradice el restante material probatorio objetivamente considerado -arg. art. 477 del Código Procesal- (conf. Palacio, "Derecho Procesal Civil", t°. IV, p. 720; CNCiv. Sala F, agosto 11/2014 "Harthmann, Juan Carlos c/ Vázquez Álvarez, Balbino y otros s/ daños y perjuicios"). Así las cosas, ante la carencia de elementos en contrario, la conclusión anticipada se impone.

En lo tocante a la faz psicológica, la licenciada designada en autos concluyó que presenta un trastorno de estado de ánimo y alteración de emociones con baja de defensas. Manifestó que las debilidades yoicas son propias de la reacción postraumática que se configuró después del accidente y que se expresa en limitaciones en su desarrollo laboral, familiar, social y prospectico, lo que predispone que emerjan rasgos depresivos. Según el baremo de Castex señaló que sufre un cuadro de Desarrollo Reactivo de grado leve (excluye PTSD y duelo patológico). Recomendó un tratamiento psicoterapéutico "con un profesional de experiencia en efectos reactivos a accidentes, que focalice la prevención de emergencia otros factores sobrevinientes al estado psíquico presente, para después reevaluar el seguimiento de la actora" (ver fs. 135).

La parte actora solicitó aclaraciones a fs. 166 y la citada en garantía impugno el dictamen a fs. 201 cuyo traslado fue respondido a fs. 222 y 308/309 respectivamente. La licenciada agregó que la patología se encuadra en RVAN (según baremo ART) reacción vivencial anormal neurótica grado III. Destacó un porcentual de incapacidad del 20%. Aconsejó una terapia por el lapso de 6 meses y una frecuencia semanal (ver fs. 222 y 308/309).

Cabe recordar que el grado de incapacidad asignado por los peritos constituye un porcentual que debe ser considerado dentro del contexto general de la prueba y conjugarlo con las condiciones personales de la víctima, para así determinar un importe que represente la justa reparación de los perjuicios irrogados a la damnificada.

En definitiva, valorando la totalidad de las circunstancias apuntadas precedentemente, considerando que al momento del accidente Claudia Noemí Gutiérrez tenía 37 años, educación primaria completa, se desempeñaba por cuenta propia vendiendo alimentos en la "Villa Zabaleta", actualmente desempleada, vive en un departamento de tres ambientes en el "barrio de Lugano" de propiedad de su hermano, convive con sus hijos y su pareja José Luis Palacio quien se desempeña como "fletero" (ver fs. 133 y declaraciones de 3 y 6 obrantes en el beneficio de litigar sin gastos n° 10101/17/1) y demás circunstancias de autos, juzgo que el importe establecido en primera instancia en conceto de incapacidad sobreviniente resulta reducido ($691.200), por lo que propongo incrementarlo a $900.000. Asimismo, considero que la suma fijada por gastos de tratamiento psicológico en modo alguno resulta elevada ($21.600), por lo que atento el límite del recuro propongo su confirmación.

V.- Daño moral:

La juzgadora otorgó en concepto de "daño moral" la suma de $400.000. La parte actora solicita su incremento, mientras que la demandada y la citada en garantía su reducción.

El daño moral es inmaterial o extrapatrimonial y representa los padecimientos soportados y futuros que tuvieron su origen o agravamiento en el hecho generador. Lo dañado son bienes de goce, afección y percepción emocional y física, no estimables por el equivalente pecuniario, pero sí considerables para la satisfacción por medio de sucedáneos de goce, afección y mitigación al sufrimiento emocional y físico (conf.: esta Sala octubre 31/2005 "Schaff Rubén Daniel c/ Edenor S.A. s/Daños y perjuicios" L.426.420).

Resulta claro que la suma a establecer por este rubro no colocará a la víctima en la misma situación que se encontraba con anterioridad al siniestro. De todas formas, el juzgador se ve compelido a determinar la indemnización; no se trata de compensar dolor con dinero, sino de tratar de otorgar a la víctima cierta

tranquilidad de espíritu en algunos aspectos materiales de su vida a fin de mitigar sus padecimientos.

En base a tales pautas, teniendo en cuenta las lesiones padecidas por la actora junto con las secuelas psicofísicas de carácter permanente verificadas por los peritos, el tiempo de convalecencia, los padecimientos que debió soportar al ser sometida a una intervención quirúrgica, pero al mismo tiempo sin dejar de atender la repercusión que el accidente y las lesiones han generado en su interioridad, juzgo que el importe fijado en concepto de "daño moral" resulta insuficiente ($400.000), por lo que propongo elevarlo a $450.000.

VII.- Gastos farmacéuticos y de movilidad:

Las quejas de la citada en garantía sobre estos rubros en manera alguna alcanzan a satisfacer la exigencia de crítica concreta y razonada, en tanto no deja de ser una mera discrepancia con lo decidido por la Sra. juez de grado, adviértase que al cuestionar ambas partidas se limita a manifestar que su concesión "carece de sustento fáctico en las constancias del expediente", sin rebatir los fundamentos en los que la magistrada sustentó su decisión. Por ello de conformidad con los arts. 265 y 266 del Código Procesal corresponde declarar desierto este aspecto del recurso.

VIII.- Intereses:

La magistrada dispuso que los montos relativos a los importes por los que prospera la demandada devengarán intereses desde la fecha del hecho hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (CNCiv. en pleno, "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta S.A. del 20/04/2009). Ello, a excepción del rubro fijado por gastos de tratamiento psicológico que estableció que no devengará intereses salvo que se incurra en mora en el cumplimiento de la sentencia. De ello se agravia la citada en garantía quien pretende que se modifique la tasa de interés fijada en primera instancia por "una que no altere el significado económico del capital de condena".

A partir del precedente resuelto por esta Sala, con fecha 14 de febrero de 2014, en los autos "Zacañino, Loloir Z. c/ AYSA s/ daños y perjuicios" (expte. N° 162543/2010, L. 628.426), la Sala por unanimidad se ha pronunciado a favor de la solución según la cual la tasa activa prevista en el fallo plenario "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios", del 20 de abril de 2009, no representa un enriquecimiento indebido, por entender que en manera alguna puede considerarse que la aplicación de esa tasa en supuestos como el del caso implique una alteración del significado económico del capital de condena. Por ello, propongo confirmar este aspecto del pronunciamiento.

IX.- Costas:

En el caso, no hallo mérito para apartarme del principio general en la materia -condena en costas a los vencidos- habida cuenta que no se configura ninguna de las situaciones que autorizan esta excepción, por lo que propicio desestimar las quejas de la demandada.

Por las consideraciones expuestas, voto porque se confirme la sentencia apelada en lo principal que decide y fue materia de agravios y se la modifique elevando los importes fijados por incapacidad sobreviniente y daño moral a favor de Claudia Noemí Gutiérrez a las sumas de $900.000 y $450.000 respectivamente. Las costas de Alzada se impondrán a la parte demandada y citada en garantía (art. 68 del Código Procesal).

Por razones análogas a las aducidas por el vocal preopinante el doctor *Posse Saguier* votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto.

Buenos Aires, junio de 2021.

Vistos:

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada en lo principal que decide y fue materia de agravios y se la modifica elevando los importes fijados por incapacidad sobreviniente y daño moral a favor de Claudia Noemí Gutiérrez a las sumas de $900.000 y $450.000 respectivamente. Las costas de Alzada se imponen a la parte demandada y citada en garantía (art. 68 del Código Procesal). Notifíquese y pasen los autos a estudio por honorarios. Se deja constancia de que la vocalía Nº 17 se halla vacante. — *José L. Galmarini.* — *Fernando Posse Saguier.*

PROCESO DE DAÑOS

Jurisprudencia

SIMULACIÓN

Compraventa de inmueble. Conviviente del alimentante. Valoración de la prueba. Legitimación de los accionantes para demandar la nulidad del acto. Hijo, madre y abogado de las partes.

1. — La falta de prueba de capacidad económica de la compradora, así como la falta de justificación de patrimonio para adquirir el inmueble, la ausencia de prueba sobre el origen de los fondos con los que se solventó la compra, las contradicciones acerca de la convivencia o distanciamiento de los demandados entre sí y la falta de prueba sobre la tradición del bien, llevan a la convicción de que se trató de un negocio simulado entre aquella y el alimentante demandado. Resulta importante tener en cuenta la conducta desplegada en el juicio por los demandados, quienes no aportaron ninguna prueba tendiente a acreditar la veracidad de sus dichos, no intentando siquiera acreditar dónde se encuentra el dinero de la venta, o la situación económica de la codemandada, o la posesión del inmueble, o la denuncia ante la AFIP del ingreso del inmueble al patrimonio de la accionada con el correspondiente comprobante de pago por los bienes denunciados, etc.

2. — La redargución de falsedad de una escritura pública pone en tela de juicio la sinceridad de lo afirmado por el escribano, mientras que la impugnación del negocio instrumentado pone en duda la sinceridad, perfección y eficacia de los hechos manifestados ante el escribano en virtud de la situación del sujeto, condiciones del objeto y sanidad de la causa que determinó a los contratantes a celebrar el acto; por ello, no es forzoso el inicio del juicio de redargución de falsedad ni la integración de la litis con el escribano previo a la acción por simulación.

3. — Aparece así en un devenir ineludible el otorgamiento de la legitimación para la acción que permita desandar esa viciada voluntad, a cualquiera que tenga interés en tal declaración, tanto si se trata de un derecho subjetivo actual y aun eventual, como en el caso de hacer perder ese derecho o no poder utilizar una facultad legal, debiendo calificarse que la finalidad ha de ser la de reparar un perjuicio cierto y real o un derecho conculcado —en el caso, el hijo del alimentante, su madre, y su abogado—.

CNCiv., sala D, 19/08/2021. - N. A., C. M. c. D. M., P. A. y otro s/ simulación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/123912/2021]

COSTAS

Segunda instancia: a la parte demandada vencida.

Expte. n° CIV 025495/2016/CA001

2da Instancia.- Buenos Aires, 19 de agosto de 2021.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, la doctora *Barbieri* dijo:

I) *Apelación y agravios.*

Contra la sentencia dictada con fecha 2/07/2020 que admite las demandas entabladas por L. M. H. y C. M. N. A. y declara nula la operación de compraventa realizada entre el demandado P. D. M. y la coaccionada L. N. Á., apeló D. M. en ambos expedientes con fecha 13/7/20, con recursos concedidos libremente el 23/9/20 en la causa "H." y el 10/10/20 en la causa "N. A." y expresó agravios el 11/3/21 (escrito que reprodujo para ambas causas), los que fueron contestados solo por L. H. el 18/3/21 en el juicio iniciado por ella.

Se queja el demandado por la admisión de la pretensión de los actores resuelta en la sentencia. Critica los argumentos a los que ha arribado el magistrado referente al cumplimiento de las obligaciones alimentarias para con su hijo L. D. M. en cuanto a que "No surgen de las actuaciones aportadas que se hubiese resuelto lo pertinente en relación a la liquidación que fuera oportunamente impugnada. Cabe resaltar que la impugnación abarcaba cuotas mensuales correspondientes al período septiembre 2013/diciembre 2014. Tampoco surge de dichos actuados que se hubiese aprobado liquidación alguna". Sostiene que para tener un interés legítimo y asumir el rol de accionante en una demanda como la que nos ocupa, se debe ineludiblemente, corporizar la calidad de "Acreedor" y según el detalle evaluado por el Sr. Juez de instancia inferior, no hay tal calidad de acreedor, ni aun en representación de su hijo menor, a la fecha en que se intentara la demanda. Dice que ni H. ni el Sr. N. A., abogado de la primea, son acreedores del dicente, pues no hay deudas pendientes y por lo tanto no están legitimados para el presente reclamo. Enfatiza que la acción de simulación ha sido tomada con un carácter instrumental, con la clara intención de asegurar el posible resultado otras causas iniciadas, con potenciales sentencias cuyos procesos aún están en trámite, tornándose el fallo en crisis en una conculcación de la libertad que irroga el derecho de propiedad del suscripto. Asimismo, sostiene que no se ha redargüido de falso el instrumento público que instrumentara la operación ni se ha cuestionado la conducta del notario interviniente, por consiguiente, la escritura de fecha 24 de noviembre de 2015 es

formalmente válida, dado que fuera otorgada con los requisitos previstos en los arts. 969 y 1017 del Código Civil y Comercial. Así entiende que la acción de simulación, no puede ser independiente de la redargución de falsedad que forzosamente se debe interponer contra el instrumento público, ya que, de lo contrario, aquel mantiene su validez y fehaciencia. Agrega que, en el caso, no hay interés concreto, actual y válido de parte de los actores para iniciar la demanda de simulación, quedando en solo simples expectativas de lograr éxito en otros juicios que han iniciado. Máxime cuando con esta compraventa que se ha intentado su simulación no se les ha irrigado a los reclamantes, ni a su propio hijo ningún perjuicio futuro. Y que tampoco ningún derecho se les afectará, ya que ostenta a mi favor, ahorros derivados de su actividad profesional, como también los correspondientes al producto de la compraventa, y otros bienes tangibles y registrables como un automóvil. En síntesis, tratándose que el acto de la compraventa de fecha 24/11/2015, se ha implementado con los requisitos legales y no era ilícito el acto de disposición patrimonial, ni perjudicaba a terceros, dado que ningún perjuicio les ha ocasionado ni al letrado ni a su hijo, ni a su progenitora, es que solicita la modificación de la sentencia. En otro agravio aduce que está enfrentado con la codemandada L. N. Á. en más de una causa judicial por lo que ni a la fecha de la escritura considerada simulada, ni actualmente tienen trato de amistad ni convivencia, quedando sin sustento el argumento de amistad convivencial invocado en la sentencia. Sobre ello, menciona que ya el 13 de abril de 2015, la Sra. L. N. Á., inició en su contra, un proceso por Violencia Domestica, que determino su expulsión momentánea del departamento en que convivían. Finalmente, con relación a la demanda iniciada por el letrado N. A. resalta que ya ha percibido con anterioridad al fallo en crisis la suma que se le adeudaba en concepto de honorarios en el juicio de alimentos, por su labor hasta el dictado de la sentencia de segunda instancia ($16.300,97, retirados el 18 de octubre de 2016) y aun considerando que nada se le adeuda, igualmente se reputa como admisible su demanda por simulación en su carácter de potencial acreedor de los accionados, en concepto de costas, ante la eventualidad de un resultado favorable en la acción de daños. Se agravia de tal decisión puesto que, con este criterio, cualquier persona que aduce una acreencia aun "potencial" podría iniciar un juicio de simulación y hacer caer actos jurídicos formales, generando un riesgo mayúsculo, finiquitando en que todo acto estaría sospechado de anulable por simulación. Concluye que nada debe hasta el día de presentación de las quejas, ni en concepto de alimentos, ni honorarios, y por ello, nadie de los que han participado en calidad de actora, puede investir el estatus de acreedor. Pide se revoque la sentencia y rechacen las demandas con costas a los vencidos.

II) *Antecedentes y pronunciamiento.*

1) Expte "H.":

L. M. H., por sí y en representación de su hijo menor L. D. M. inició demanda de simulación contra P. A. D. M. y L. N. Á., con relación a la compraventa, efectuada el 24 de noviembre de 2015, de la UF N° 6 del inmueble sito en Matheu 1040 de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, solicitando se declare la nulidad de la transferencia. Relató que existe un juicio de alimentos iniciado con fecha 17 de octubre de 2013 contra D. M. en el que el 20/5/2015 se dictó sentencia de grado, condenando progenitor a abonar las cuotas devengadas durante el trámite del proceso, fallo que fue confirmado por esta Sala D con fecha 14/12/15. Agregó que, según surge del juicio de alimentos, la codemandada Álvarez, quien resultaba pareja del Sr. D. M. fue la adquirente del inmueble en cuestión y que la compraventa cuestionada es una operación simulada y fraudulenta por la que el deudor intentó insolventarse.

Patricio D. M. contestó la demanda. Explicó que las dificultades económicas derivadas de la pérdida de su trabajo, en el mes de octubre de 2014, lo llevaron a tener que vender su departamento, que el precio obtenido no fue vil, teniendo en cuenta el valor del dólar oficial ($9,20), que el precio fue abonado en efectivo en presencia del escribano y que no se atacó de falsedad dicho instrumento. Agregó que tiene en su poder gran parte de la suma recibida y que desde el mes de mayo de 2016 está al frente de la gerencia de A.T.& T., con un sueldo que puede ser embargado por autoridad judicial. Adujo que la actora vive en un departamento propiedad de la madre del demandado, por lo cual sigue cumpliendo parcialmente la sentencia de alimentos. Precisó que la actora carece de una cifra líquida y exigible, lo que demuestra su voluntad de judicialización de sus pretensos derechos como forma de vulnerar los suyos. Pidió el rechazo de la demanda, con costas.

L. N. Á. contestó la demanda y dio su versión de los hechos. Explicó que fue pareja en su momento del Sr. D. M., con quien desde antes mantenía una relación de amistad. Que el nombrado con motivo de la pérdida de su trabajo, había comenzado a contraer deudas, incluso con familiares de la suscripta y que la compra cuestionada fue propuesta por D. M. para compensar dichos compromisos. Que el precio de la operación representaba, a la fecha de la escritura, la suma de U$S 53.000 y justificó su capacidad económica en el hecho de que su familia vendió otro inmueble en la calle Mario Bravo 58, con parte de cuyo monto adquirió el bien objeto de estos autos. Pidió el rechazo de la demanda con expresa imposición de costas a la actora.

A su turno la Defensora de Menores asumió la representación del menor L. D. M. haciendo hincapié respecto a la legitimación para reclamar los alimentos atrasados debidos al menor, adhiriendo a la pretensión de H.

2) Expte "N.A.":

El Dr. C. M. N. A. inició demanda de simulación contra P. A. D. M. y L. Natalia Álvarez, con relación a la compraventa, efectuada el 24/11/2015, de la UF N° 6 del inmueble sito en Matheu 1040 de CABA, solicitando se declare la nulidad de la transferencia. Explicó que en el juicio de alimentos iniciado por Sra. L. M. H. se le regularon la suma de $ 8.000 en concepto de honorarios como letrado patrocinante de la parte actora. Agregó que la Cámara, con fecha 14 de diciembre de 2015, elevó los mismos a la suma de $9.000. Añadió que en la causa de alimentos surge que Álvarez es pareja del Sr. P. D. M. y que la compraventa cuestionada es una operación simulada y fraudulenta por la que el deudor intentó insolventarse. Da las razones por las que se encuentra legitimado para peticionar, como acreedor del demandado D. M. y esgrime el cumplimiento de todos los requisitos para la procedencia de la demanda. Dedujo, subsidiariamente la acción pauliana.

L. N. Á. contestó demanda. Sostuvo que fue pareja en su momento con el Sr. D. M., con quien hubo de mantener una relación de amistad desde mucho tiempo. Que D. M., con motivo de la pérdida de su trabajo, había comenzado a contraer deudas, incluso con familiares de la dicente y que la compra cuestionada fue propuesta por el restante codemandado para compensar dichas deudas. Agregó que el precio de la operación representaba, a la época, la suma de U$S 53.000 y justificó su capacidad económica en el hecho de que su familia vendió otro inmueble en la calle Mario Bravo 58, con parte de cuyo monto adquirió el bien objeto de estos autos.

Patricio A. D. M. también contestó la acción. Planteó excepción de falta de legitimación activa. Cuestionó la supuesta deuda que invoca el accionante. Agregó que en el juicio de alimentos dio en pago el monto de sus honorarios, por lo que no adeudándosele ningún crédito y resultando la compraventa un acto lícito, sobre el que no se requirió su redargución de falsedad, el actor carece de legitimación para su acción, por falta de interés y de perjuicio. Añadió que la regulación de honorarios del actor no se hallaba firme al tiempo de realizarse la operación cuestionada por lo que no había mora de su parte.

3) La sentenciante de grado admitió las demandas incoadas declarando nula la operación de compraventa mencionada pues consideró probada la simulación, con costas a los demandados vencidos.

III) *La solución.*

1) En primer lugar debo señalar que conforme ha sido sostenido reiteradamente, no me encuentro obligada a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que sean conducentes y posean relevancia pasa decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etc.).

Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el mismo (CSJN, Fallos: 274:113; 280:320; 144:611).

2) En segundo término he se señalar que los agravios expuestos por el demandado no constituyen una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas (conf. art. 265 CPCC); y por ende, insuficientes para descalificar los argumentos que lo sustentan.

Lo concreto se refiere a decir cuál es el agravio, en tanto que lo razonado se dirige a la exposición de porqué se configura el agravio. Esto último consiste en precisar, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se atribuyen al fallo, especificando con exactitud los fundamentos de esas objeciones. Es decir, deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebran 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-Sosa-Berizonce, "Códigos Procesales...", t.III, p. 351 y sus citas).

Y eso es precisamente lo que sucede en la especie. El apelante en su escrito de queja se limita a expresar una mera disconformidad con la conclusión arribada y una discrepancia subjetiva con la apreciación de las fundadas circunstancias reseñadas en el fallo, que se aprecian insuficientes para conmoverlo.

No obstante, y por el debido respeto que me merece el derecho de defensa de las partes, habré de avocarme al tratamiento de los agravios expresados por el recurrente.

3) Entrando a la primera cuestión planteada por el demandado, de acuerdo a la doctrina dominante en materia de simulación, los legitimados para intentar la nulidad en la hipótesis en que es planteada por terceros ajenos al acto reputado como simulado, cuentan con aptitud aquellos que posean un derecho actual o meramente eventual. Con este proceso se busca integrar el patrimonio, que opera como prenda común de los acreedores, por lo que cualquiera que

posea un crédito actual o eventual contra quien se intenta desprender de un bien a través del acto engañoso, posee cualidad suficiente como para ejercer la acción respectiva. De ahí que no resulte indispensable demostrar la existencia de un crédito actual y exigible como presupuesto del reclamo.

En tal sentido, se ha sostenido que corresponde acordar dicha acción a cualquiera que tenga interés en tal declaración, tanto si se trata de un derecho subjetivo actual y aun eventual (SCBuenos Aires, 17/11/1976, ED 72-154; CNCiv. Sala L, 8/8/94, JA 1996-I, 619; CApel. Civ. y Com., Rosario, sala IV, 15/9/1993, JA 1995-IV, síntesis), bastando con que el acto impugnado entrañe un peligro de hacer perder un derecho o de no poder utilizar una facultad legal (ED 91-687; Rivera, Julio César, Instituciones de Derecho Civil, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004, tomo II, pág. 808).

Se ha sostenido también que los acreedores con fecha posterior al acto también se encuentran legitimados para cuestionarlo, circunstancia que marca una diferencia sustancial con el supuesto de la acción revocatoria (Rivera, op. y loc. cit.). De ahí que una posible ausencia de legitimación de esta última, no sería tal en aquella.

Por otro lado, la legitimación activa para iniciar esta acción se encuentra regulada en el art. 336 del CCyC donde se habilita a accionar a "los terceros cuyos derechos o intereses legítimos son afectados por el acto simulado". Dicha calidad debe ser acreditada por el accionante y no es necesario que del acto se haya derivado un "daño", sino que haya una seria amenaza de daño (por ej, acción de un acreedor condicional) (Cf. Revista del Notarido Nº 93, año 2016/01 pag,48).

Sobre la base de lo expuesto, poco importa que el Sr. D. M., como deudor alimentario del hijo de la actora –por quién ella actúa-, hubiese integrado la totalidad de la deuda alimentaria devengada a la fecha del dictado de la sentencia mediante el embargo del sueldo del mismo (conforme se acredita con las constancias de la causa sobre alimentos que tengo a la vista) si es que se advierte que subsiste la prestación que se devenga mes a mes, lo que genera un interés legítimo de la acreedora de conservar bienes tangibles en el patrimonio de su deudor, ejerciendo las acciones de integración del patrimonio que correspondan, a fin de evitar su eventual insolvencia futura como modo de garantizarse el cobro eventual de toda acreencia.

Misma solución corresponde con relación al reclamo formulado por el accionante en la causa "N. A." pues el letrado en esa causa, continúa patrocinando a la actora y además se observa que logró cobrar sus honorarios profesionales mediante un incidente de ejecución de honorarios del año 2019, por lo que podemos pensar que también quiere resguardar sus derechos para un futuro cobro de emolumentos.

A tales elementos se añade, solo a título enunciativo y como factor indicativo de la prudencia del obrar de los actores, que a la fecha existe además un reclamo por daños y perjuicios derivados de la relación de pareja que unía a D. M. con H., el que se encuentra próximo al dictado de la sentencia de grado (se clausuró el período probatorio y se colocaron los autos en estado para alegar). En este escenario, resulta por demás evidente que ambos reclamantes por derecho propio, y la Sra. H. en representación del reclamo por alimentos debidos a su hijo L. de 12 años de edad al día de hoy -nacido el 18/6/2009- (es decir que aún cuentan por varios años de razonable expectativa de continuar requiriendo la cobertura de una asistencia mensual mientras dure la edad legal que obliga a sus progenitores a abonarles alimentos), cuentan con legitimación activa como para promover la acción de simulación que aquí se decide.

En el mismo sentido se ha dicho que aparece así en un devenir ineludible el otorgamiento de la legitimación para la acción que permita desandar esa viciada voluntad, a cualquiera que tenga interés en tal declaración, tanto si se trata de un derecho subjetivo actual y aun eventual, como en el caso de hacer perder ese derecho o no poder utilizar una facultad legal, debiendo calificarse que la finalidad ha de ser de reparar un perjuicio cierto y real o un derecho conculcado. Y el interés ha de consistir en la necesidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales para alcanzar el fin perseguido o bien en la imposibilidad de tutelar jurídicamente el interés sustancial que se invoca, sin la intervención de aquellos órganos; en otras palabras, el interés requiere un estado tal de cosas que sin la intervención de los tribunales el actor sufriría un daño injusto, irreparable de otro modo (ver cita del 6/4/99; Id SAIJ: SUB0352790)

Es por tales argumentos que se desestimarán las defensas que objetaron la legitimación activa.

4) Seguido trataré las quejas respecto a la ausencia de pedido de redargución de falsedad de la escritura pública, imputado a los actores.

Prescribe el artículo 296 CCyC, "El instrumento público hace plena fe: a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal...".

El contenido del documento notarial se integra con autenticaciones y autenticidades, que corresponden respectivamente a los hechos autenticados y a los

hechos auténticos, siendo estos últimos los que representan las menciones auténticas y se traducen en aquellas declaraciones, atestaciones o certificaciones del notario relativas a los hechos que presencia o ejecuta en razón de su oficio y que están amparadas por la fe pública. En cambio, son hechos autenticados los que determinan autenticaciones de valor testimonial a los efectos de la impugnación, es decir, el contenido de las declaraciones de los sujetos documentales (cf. Pelosi, Carlos A., "El documento notarial", págs. 320 y ss., 2ª ed. Astrea, Bs. As., 1992). Deviene impugnable el instrumento público "por falsedad ideológica si el notario faltare a la verdad al narrar los hechos con fuerza probatoria ocurridos en su presencia o cumplidos por él" (Pelosi, op. cit., pág. 337).

En cambio, con respecto a la realidad de los hechos que narran o declaran los sujetos instrumentales, el escribano no da fe de su sinceridad, por lo que puede ser impugnada mediante simple prueba en contrario.

Cuando lo que se invoca es la simulación del acto instrumentado en la escritura pública mas no la falsedad de esta, no se halla en juego la responsabilidad del escribano. En el caso de la simulación, el escribano no puede garantizar la sinceridad de los hechos ni puede penetrar en la intención o voluntad íntima de los contratantes, lo cual es extraño a la fe del instrumento notarial. En otros términos, si se trata de una nulidad formal, la demanda deberá dirigirse también contra el escribano interviniente (conf. Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil, - Parte General"-, 12a. ed. t. II, pág. 410 n° 1289-2).

La redargución de falsedad de una escritura pública pone en tela de juicio la sinceridad de lo afirmado por el escribano, mientras que la impugnación del negocio instrumentado pone en duda la sinceridad, perfección y eficacia de los hechos manifestados ante el escribano en virtud de la situación del sujeto, condiciones del objeto y sanidad de la causa que determinó a los contratantes a celebrar el acto. Cuando lo que está controvertido es la regular formación del negocio en lo que hace a sus elementos internos, no es apropiado tachar de falsedad al instrumento que puede ser auténtico, sino promover la nulidad, lo que solo es posible iniciando una acción ordinaria, haciéndose innecesario que intervenga el notario y que se ponga en duda la fe pública de su actuación (conf. Cifuentes, Santos, "La intimidación como causal de nulidad de los negocios jurídicos", *Rev. del Notariado*, N° 869, pág. 231).

Una línea de pensamiento coincidente enseña que en la mayoría de los casos, la simulación "...no es conocida por el notario interviniente en el instrumento vehículo del acto simulado y, por ello, la nulidad del acto -y, por ende, de la escritura- no generará su responsabilidad. Por ello (...) no es necesario integrar la litis con el escribano autorizante" (cf. Moisés de Espanés, Luis - Márquez, José Fernando, *Nulidad de escrituras públicas. Responsabilidad del escribano y participación en el juicio*, JA 2009-I- 909).

Se ha dicho también que el hecho que el oficial público haya presenciado la entrega del dinero que conformaba el precio de la operación no convierte a las manifestaciones de voluntad allí exteriorizadas como incontrovertiblemente veraces, ni impide que se ponga en tela de juicio la sinceridad de las mismas, sin que para ello sea necesario recurrir al arbitrio de la redargución de falsedad del instrumento, ni a atacarlo de inválido por razones formales (cf. causa "Guzmán, Héctor A. y Otros c/Ramírez, Cornelia Zulema s/Simulación" (Sentencia Definitiva - CNCIV - Sala A - Nro. de Recurso: A187509 - Fecha: 9-8-1996 - Vocal Preopinante: Dr. Molteni).

Aplicando tales principios al caso de autos, se advierte que dada la naturaleza de la acción entablada no era forzoso el inicio del juicio de redargución de falsedad ni la integración de la litis con el escribano. Por tales razones, es que corresponde desestimar también las quejas vertidas por el recurrente sobre el punto en tratamiento.

5) Con respecto al fondo del asunto, es sabido que la simulación significa hacer aparecer lo que no es, mostrar una cosa que realmente no existe. El origen etimológico conforma este concepto: simular es hacer similar, dar aspecto y semejanza a lo no verdadero. Negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece. Los requisitos del negocio simulado son tres: 1) declaración deliberadamente disconforme con la intención; 2) concertada de acuerdo entre las partes; 3) para engañar a terceros.

Se trata, sin lugar a dudas, de un acto engañoso respecto de terceros. Puede ser que sin finalidad "ilícita", o sea, sin ánimo de perjudicar. Pero siempre es un engaño. El CCyC no la define (está regulada entre los arts. 333 y 337), y sigue teniendo vigencia la que Francesco Ferrara enunciara: "es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo" (cf. Ferrara, Francisco. "La simulación de los negocios jurídicos", cit., p. 74.).

El acto simulado requiere del concurso de dos o más voluntades con la finalidad de engañar. En los actos unilaterales no puede haber simulación, y –en

todo caso- se tratará de un supuesto de reserva mental.

Sabido es que hay dos clases de simulación. La absoluta y relativa. Surge del art. 333 del CCyC, que reza: "Caracterización. La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten".

En la absoluta, no hay negocio oculto. Existe un acuerdo simulatorio, pero corrido el velo de la simulación las partes no han celebrado ningún acto. "Han querido dar una ilusión sin contenido" (Cf. Cifuentes, Santos. "Negocio jurídico". Ed. Astrea, 2º edición, Buenos Aires, 2.004, pág. 629 y ss.) por ej., fingir la venta de un inmueble para sustraerlo de la garantía patrimonial.

Y en la relativa, el acto aparente esconde otro acto real, diferente; una máscara que oculta la realidad que puede asumir varias modalidades (vg. simulación en la naturaleza del acto, simulación de elementos del acto o de su contenido, interposición de personas o interposición de personas que no constituye simulación) (cf. *Revista Notarial* Nº 93 año 2016/01 Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba).

Así se dispone en el art. 334 del CCyCom. "Simulación lícita e ilícita. La simulación ilícita o que perjudica a un tercero provoca la nulidad del acto ostensible. Si el acto simulado encubre otro real, este es plenamente eficaz si concurren los requisitos propios de su categoría y no es ilícito ni perjudica a un tercero. Las mismas disposiciones rigen en el caso de cláusulas simuladas". La ilícita, esencialmente, es la que tiene por finalidad perjudicar los derechos de terceros (en lo que ahora nos interesa, a los acreedores, mediante el acto simulado).

Con respecto a la prueba, la misma norma indica que los terceros pueden acreditar la simulación "por cualquier medio de prueba". Tanto los medios de prueba como su valoración por el Tribunal, difieren cualitativamente en el caso de la acción intentada por los terceros. Es que, en su finalidad de engañar y perjudicar, las partes del acto simulado buscan borrar todos los rastros de la simulación, motivo por el cual los criterios de los jueces, a la hora de valorar las pruebas, deben ser más flexibles, pero teniéndose en cuenta el principio general de validez de los actos: las probanzas deben llevar al juez a un alto grado de convicción respecto a que el acto es simulado, para hacer lugar a la acción. Adquieren enorme trascendencia las presunciones *hominis*, ya que salvo casos muy puntuales (confesión de los demandados, existencia de un contradocumento, etc.), resultará para el tercero sumamente dificultoso acreditar, de manera directa, la existencia de la simulación. De allí que la confluencia de varias presunciones podrá producir en el ánimo del juzgador la convicción de la existencia del acto simulado. Entre otras, cabe señalar: la *causa simulandi* (es la más importante y puede inferirse del contexto general del acto, por ej., si el transmitente es deudor, o si se ha iniciado un juicio en su contra, etc.); vínculos de parentesco o amistad entre las partes; imposibilidad económica del adquirente en los actos simulados a título oneroso; naturaleza y cuantía de los bienes que se enajenan; falta de ejecución material del contrato (se simula una venta, pero el vendedor sigue viviendo en el inmueble); momento y circunstancias de la simulación; existencia de un precio vil; antecedentes de las partes en orden a realización de actos simulados o fraudulentos anteriores; la manifestación del pago del precio con anterioridad, sin la acreditación correspondiente (en especial, respecto a la forma del pago en las obligaciones de dar dinero, por la ley 25.345); etc. (cf. "Principales lineamientos de la simulación y el fraude en los actos jurídicos en el Código Civil y Comercial de la Nación" Federico A. Ossola, *Revista del Notariado* Nº 93 año 2016/1 pagina 35 y ss).

Podemos afirmar entonces que la teoría de las cargas probatorias dinámicas es aplicable a la acción de simulación iniciada por terceros, ya que, es de toda razonabilidad pensar que es mucho más fácil para quien participó en el acto acreditar su veracidad, que para el ajeno demostrar su simulación.

En el caso se alega la existencia de una simulación ilícita con la cual el demandado se habría desprendido del único inmueble de su patrimonio para insolventarse, al menos frente a las deudas que por alimentos y honorarios tenía o iba a tener potencialmente con los accionantes a la fecha de la venta del bien.

Naturalmente será la "causa simulandi" un elemento de importancia para desentrañar la licitud del objeto. Es decir, la razón que tuvieron las partes para hacer el acto simulado, el motivo que induce a dar apariencia a un acto jurídico que no existe, el porqué del engaño (Ferrara, ob. cit. 76, 398; LA LEY, 80-327); y "como en el orden del accionar humano, y, más aún en el mundo de los negocios jurídicos, no es verosímil un actuar sin causa, sin motivo determinante, es decir, la comisión de un acto que no responda a una finalidad predeterminada, puede concluirse afirmando que el engaño, que es de la esencia de toda simulación, obedece siempre a una causa" (Mosset Iturraspe, "Negocios simulados", fiduciarios y fraudulentos", t. I p. 39).

La *causa simulandi* para el demandado D. M. no se encuentra acreditada en autos. Refiere en sus agravios que el "a quo" tuvo por cierto el relato alegado por los reclamantes sin que se hubiese aportado prueba alguna sobre la existencia del mismo.

La razón o motivo que explica la simulación, conocida en doctrina como la "causa simulandi", constituye una verdadera presunción que reviste particular importancia porque arroja luz sobre el negocio que se analiza y facilita la interpretación de la aptitud de las partes al concretar el acto: es el "por que" del engaño, su motivo o finalidad, y si bien su prueba no es indispensable para demostrar que la simulación exista, pues esta puede acreditarse por otros medios, ella es útil ya que la simulación, como cualquier otro acto en la vida del hombre, tendrá algún motivo razonable pues no es dable suponer que las partes obren irracionalmente y sin un móvil que las justifique.

En este orden de ideas, de las constancias de la causa podemos observar que a la fecha de la venta del inmueble de la calle Matheu (24/11/15) había una sentencia condenatoria al pago de alimentos adeudados, que luego fue confirmada por esta Sala D, el 14/12/15, en la que el demandado D. M. adeudaba varios períodos de las cuotas alimentarias.

Por ello, al tiempo de inicio de estos actuados, no hay dudas que la legitimación de H. era la adecuada, pues era acreedora del accionado en esa causa. Además, también se encuentra iniciada una causa sobre daños y perjuicios (mayo de 2016) la que se encuentra próxima al dictado de una sentencia, lo que hace posible que la actora sea una potencial acreedora. Ello sin perjuicio de que el menor L. todavía recibe la cuota alimentaria fijada judicialmente, la cual en diversas oportunidades el demandado no abonó en término. No solo no abonó en término, sino que en sus quejas refiere que tenía en su poder al menos parte del producto de la venta del departamento (recordemos que el dinero lo habría recibido en noviembre de 2015), más de las constancias de aquella causa no surge el pago voluntario, ni la voluntad del recurrente de finiquitar la deuda, pues, por el contrario, H. debió embargar el sueldo de D. M. para cobrar la deuda en cuestión.

Tampoco se probó cómo pudo adquirir Á. ese inmueble, ya que manifestó que en parte fue con dinero de su familia, producto de la venta de otro departamento, más al momento de acreditar dicha versión, fue declarada negligente en la producción de las pruebas tendientes a acreditar tales extremos (testimonial e informativa a la Inmobiliaria Romano -v. fs. a y 158 de la causa "H."). Es decir, no pudo probar el origen de los fondos para la adquisición del mentado bien que en ese momento era de propiedad de su pareja. Lo que seguramente fue deliberado ya que en su primera presentación sostuvo que "resulta improcedente analizar contablemente como estaba compuesto mi patrimonio al mes de octubre de 2015 y en la actualidad..." (v.fs. 50 de la causa "N. A.") por lo que desde el principio se opuso a la producción de la prueba contable ofrecida por la contraparte, sin ánimos de esclarecer ninguna cuestión. No es poca cosa además que la demandada Á. al contestar ambas acciones (v.fs.60/63 y 48/50 de ambas causas) haya denunciado su domicilio en la calle Ángel Gallardo 391, de esta ciudad, domicilio que también denunció al momento de la escrituración (v. copia de la escritura de venta a fs. 74/6 de la causa "N. A."), no siendo un argumento de peso el indicado por el recurrente en tanto sostuvo que en todos los actos para insertar en instrumentos públicos, el domicilio que se asienta, es el que regula el último domicilio registrado en el Registro de las Personas y en el caso de Á., era el que figuraba en su D.N.I., resultando ser el domicilio de sus padres -lo que tampoco se acreditó en autos-.

Asimismo, llama la atención a la suscripta que D. M. mencione en sus agravios que no tenía relación con Á. al momento de la escritura toda vez que esta última había iniciado acciones legales contra el mencionado. Es que, con la supuesta denuncia de violencia doméstica de por medio -mencionada en el escrito de expresión de agravios-, por parte de Á. contra D. M. -de la que ninguna constancia se acompañó a las causas- es al menos sugestivo pensar que igualmente le vendiera el inmueble a $500.000. Nótese que dice textualmente "...no continuamos con la pareja ni con la amistad, dado que ya el 13 de abril de 2015, la Sra. L. N. Á., inició en mi contra, un proceso por Violencia Domestica, que determino mi expulsión momentánea del departamento en que convivíamos..." y sin embargo un par de meses después (24/11/15), es llamativo que le haya vendido el único inmueble de su patrimonio.

Tampoco quedó clara la tradición del bien, pues en varias oportunidades ambos demandados señalaron que la madre de D. M. continuó usando el departamento, lo que tampoco es muy normal dada las denuncias entre Á. -titular del bien- y el demandado D. M., lo que hace pensar que la relación no terminó en las mejores condiciones, tal como lo sostiene el propio recurrente en sus quejas y fue mencionado en el párrafo anterior.

Ni siquiera con la prueba testimonial recabada de un amigo del recurrente se puede comprobar alguna de las cuestiones explicadas por los propios demandados. El testigo T., declaró a fs. 142 de la causa "H." y dijo ser amigo de D. M. Preguntado porqué el demandado se mudó con el dicente, contestó que poco antes de la primera mitad del 2016, entre enero y julio

comenzó a vivir con él porque se le venció el contrato de alquiler donde estaba viviendo, y luego señaló que "...sabe que es un inmueble con el que convivía con Á..." (*sic*), no resultando la prueba en cuestión esclarecedora de los hechos que el recurrente quiere probar pues como señalé dijo "...no continuamos con la pareja ni con la amistad, dado que ya el 13 de abril de 2015, la Sra. L. N. Á., inició en mi contra, un proceso por Violencia Domestica..." (*sic*), lo que no coincide en absoluto.

En definitiva, la falta de prueba de la de capacidad económica de la compradora, así como la falta de justificación de patrimonio para adquirir el inmueble, la ausencia de prueba sobre el origen de los fondos con los que se solventó la compra, las contradicciones acerca de la convivencia o distanciamiento de los demandados entre sí y la falta de prueba sobre la tradición del bien, me llevan a la convicción de que se trató de un negocio simulado.

Además, a fs. 214/222 el martillero público Mario Leal efectuó pericia y determinó que el inmueble en cuestión sito en Matheu ... 1er piso UF Nº ... de esta Ciudad, de estado general muy bueno, costaba a la fecha de la escritura de venta, es decir a noviembre de 2015 U$S 81.600 lo que multiplicado por $12 que era el valor del dólar a esa época según el perito, ascendía a la suma de $979.200, casi el doble del precio que finalmente se vendió la propiedad ($500.000). Incluso si consideramos el valor que el perito informa, restándole la amortización que no siempre es exactamente del 35% y depende del estado real del inmueble (ver aclaraciones de fs. 230 de la causa "N. A."), el bien valía 53.040 dólares estadounidenses ($636.480 a 12 pesos por dólar a la época de su venta), por lo que se vendió habría vendido en casi un 30% menos del valor tasado por el experto, y no se acreditó que estuviera en una situación de necesidad tal que los llevara a efectuar dicha operación. E insisto, como ya lo señalé, tampoco se puso al día con la deuda alimentaria al momento de cobrar el producido de la venta, la relación existente entre las partes del acto simulado, el pago de un precio menor y la falta de prueba de la posesión de la cosa enajenada y la existencia de juicios pendientes anteriores e incluso posteriores a la venta, constituyen graves indicios de simulación, máxime cuando –como mencioné anteriormente- la codemandada no ha logrado demostrar el origen de los fondos utilizados para adquirir el inmueble.

Por último, resulta importante tener en cuenta la conducta desplegada en el juicio por los demandados quienes no aportaron ninguna prueba tendiente a acreditar la veracidad de sus dichos, no intentando siquiera acreditar donde se encuentra el dinero de la venta, o la situación económica de la codemandada, o la posesión del inmueble, o la denuncia ante la AFIP del ingreso del inmueble al patrimonio de la accionada con el correspondiente comprobante de pago por los bienes denunciados, etc.

En este punto, era obligación de la demandada producir la prueba de descargo para acreditar que realmente hizo entrega al vendedor de la cantidad que la escritura consigna. No debe olvidarse que la prueba negativa de la inexistencia de un hecho es, por lo general, algo que razonablemente no se puede comprobar. En cambio, resulta mucho más sencillo la prueba de la veracidad de un hecho. Tal es, en el caso de autos, demostrar la realización del pago.

Como apunta Muñoz Sabaté (*La Prueba de la Simulación*, p. 408), en los casos que realmente no existió simulación, las respuestas del inocente suelen ser por lo general mucho más críticas y explicitadas, manteniendo el tono adecuado a la importancia y equívoco de la acusación. Una pura y simple negativa de los hechos, cargar el acento sobre cuestiones marginales, relegar el problema fáctico central, etc., son indicios elocuentes de la simulación.

En nuestro caso, en la contestación de la demanda se niegan categóricamente las afirmaciones de los actores; pero no se explica cómo sucedieron realmente los hechos, ni acreditó la disponibilidad de dinero necesaria para adquirir el bien, su egreso del patrimonio, el origen de dicha suma, etc.

Por todo lo expuesto es que propongo el rechazo de los agravios en estudio y la confirmación de la sentencia en todas sus partes, con costas de esta instancia al vencido (art. 68 del CPCCN).

IV) *Conclusión*

Por todo ello y si mis distinguidos colegas compartieran mi opinión, propicio al Acuerdo:

a) Expediente Nº25.490/2016 "H., L. M. y otro c/ D. M., P. A. y otro s/ Simulación": 1) Se rechacen los agravios introducidos por la parte demandada. 2) Se confirme la sentencia en todo lo que fuera materia de apelación y agravio. Con costas de la Alzada a la parte demandada vencida (art. 68 CPCCN). 3) Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto sean fijados en la instancia anterior.

b) Expediente Nº 25495/2016 "N. A., C. M. c/ D. M., P. A. y otro s/ Simulación": 1) Se rechacen los agravios introducidos por la parte demandada. 2) Se confirme la sentencia en todo lo que fuera materia de apelación y agravio. Con costas de la Alzada a la parte demandada vencida (art. 68 CPCCN). 3) Diferir la regulación

de los honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto sean fijados en la instancia anterior.

Así mi voto.

Los señores jueces de Cámara doctores *Polo Olivera* y *Rolleri*, por análogas razones a las aducidas por la señora juez de Cámara doctora *Barbieri*, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Con lo que terminó el acto.

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, *resuelve:* a) Expediente Nº25.490/2016 "H., L. M. y otro c/ D. M., P. A. y otro s/ Simulación": 1) Rechazar los agravios introducidos por la parte demandada; 2) confirmar la sentencia en todo lo que fuera materia de apelación y agravio. Con costas de la Alzada a la parte demandada vencida (art. 68 CPCCN); 3) diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto sean fijados en la instancia anterior.

b) Expediente Nº 25495/2016 "N. A., C. M. c/ D. M., P. A. y otro s/ Simulación": 1) Rechazar los agravios introducidos por la parte demandada; 2) confirmar la sentencia en todo lo que fuera materia de apelación y agravio. Con costas de la Alzada a la parte demandada vencida (art. 68 CPCCN); 3) diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto sean fijados en la instancia anterior.

Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Por ante mí, que doy fe. Notifíquese por Secretaría y devuélvase.— *Patricia Barbieri. — Gastón M. Polo Olivera. — Gabriel G. Rolleri.*

DEFENSA DEL CONSUMIDOR. BENEFICIO DE GRATUIDAD

Deber de fundamentación de las sentencias.

> Si bien la resolución que denegó el beneficio de gratuidad previsto en el art. 53, LDC expresó que "el presente caso no encuadra dentro los parámetros establecidos para la aplicación de la ley de defensa del consumidor", dicha conclusión no se encuentra precedida por ningún tipo manifestación respecto del razonamiento o las premisas tenidas en cuenta para arriba a tal decisión. Situación que no solo impide tener a dicho pronunciamiento como un resolutorio valido en los términos del art. 3° del Cód. Civ. y Com. y 34, inc. 4 del Cód. Proc. Civ. y Com., por inobservancia del requisito indispensable de fundamentación razonable, sino que, además, por violar el derecho de defensa de las partes; en tanto, la no exteriorización de las razones que llevaron a la magistrada a arribar a la citada conclusión impide el debido ejercicio de tal derecho, tornando nulo el decisorio cuestionado.

CFed. Bahía Blanca, sala I, 15/07/2021. - García, Teresa Mabel c. OSECAC s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/129587/2021]

Expediente N° FBB 1140/2021/CA1

2ª Instancia.- Bahía Blanca, julio 15 de 2021.

El doctor *Amabile* dijo:

1. Que a fs. 32, la Sra. Jueza de grado no hizo lugar al beneficio de gratuidad solicitado por la actora, en los términos del art. 53 *in fine* de la ley 24.240, por considerar que su pretensión no encuadra dentro los parámetros establecidos para la aplicación de la ley de defensa del consumidor y, en consecuencia, ordenó que, previo a dar trámite a la demanda, se abone la correspondiente tasa de justicia.

2. Contra lo así resuelto, a fs. 34 la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual fue debidamente fundando a fs. 36.

En primer lugar, se agravió por entender que la resolución en crisis resulta arbitraria por no cumplir con los recaudos del art. 34 inc. 4 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, en tanto no se encuentra debidamente fundamentada, lo cual afecta el derecho de defensa de su parte.

No obstante ello, criticó también que no se haya tenido en cuenta que la normativa cuya aplicación se solicita es de orden público y, por lo tanto, de obligatoria aplicación (cf. art. 65 de la ley 24.240).

3. Por su parte, a fs. 77/91 asumió intervención el Sr. Fiscal General, quien dictaminó en favor de revocar la resolución impugnada.

Al respecto, coincidió con el primer agravio de la recurrente en cuanto a que la resolución en crisis no se encuentra "razonablemente fundada" (cf. lo establece el art. 3, Cód. Civ. y Com. de la Nación), y por ello, resulta imposible conocer los fundamentos que tuvo la Jueza federal *a quo* para no aplicar la ley 24.240 a las presentes actuaciones.

Asimismo, en relación a la cuestión de fondo, hizo referencia al informe técnico remitido a modo de colaboración por el "Programa para la Protección de Usuarios y Consumidores", a cargo de la Fiscal General por ante la Cámara Nacional en lo Comercial, Dra. Gabriela Boquin, en donde luego de efectuar un reseña jurisprudencial y doctrinaria sobre la materia, se propició la aplicación tuitiva de la ley 24.240 a la relación que unía a las partes del proceso.

4. Entrando a decidir, corresponde preliminarmente señalar, que de las constancias de la causa surge que, en lo que aquí interesa, el día 05/04/2021 la Sra. Teresa Mabel García, en su carácter de viuda de N. O. L., interpuso demanda de daños y perjuicios contra la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC), reclamando el reintegro de los montos desembolsados para el pago de prestaciones que le habían sido reconocidas judicialmente a su marido y no fueron abonadas por la demandada, daño moral y daños punitivos.

Dicha acción, fue encuadrada por la actora como el producto de una relación de consumo amparada por la ley 24.240 y los arts. 1092 y ss. del Cód. Civ. y Com. de la Nación, por lo que solicitó la concesión del beneficio de gratuidad previsto en el art. 53 *in fine* de esa ley; pedido que al ser rechazado por la magistrada de grado motivo la interposición del presente recurso.

5. Sentado lo expuesto, ingresando en el análisis de los agravios, adelanto que habré de hacer lugar al pedido de nulidad efectuado por la recurrente, por considerar que la resolución en crisis no se encuentra razonablemente fundada.

En tal sentido, corresponde señalar, que si bien la *a quo* expresó que "...el presente caso no encuadra dentro los parámetros establecidos para la aplicación de la ley de defensa del consumidor", dicha conclusión no se encuentra precedida por ningún tipo manifestación respecto del razonamiento o las premisas tenidas en cuenta para arriba a tal decisión.

Situación que no solo impide tener a dicho pronunciamiento como un resolutorio valido en los términos del art. 3 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y 34 inc. 4 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, por inobservancia del requisito indispensable de fundamentación razonable, sino que además, por violar el derecho de defensa de las partes; en tanto, la no exteriorización de las razones que llevaron a la magistrada a arribar a la citada conclusión, impide el debido ejercicio de tal derecho, tornando nulo el decisorio cuestionado.

6. Sin perjuicio de ello, por razones de economía procesal y a fin de evitar mayores dilaciones en el trámite de las presentes actuaciones, estimo oportuno pronunciarme sobre el fondo de la cuestión.

En tal sentido, en consonancia con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, en base al informe especializado aportado por el "Programa para la Protección de Usuarios y Consumidores", a cuyos fundamentos por razones de brevedad expositiva me remito, considero que el vínculo jurídico que unía al Sr. L. y OSECAC es una relación de consumo en la que esta última reviste la calidad de proveedor en los términos del art. 2 de la ley 24.240 y art. 1093 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

No viéndose afectada ni modificada dicha situación por el hecho del fallecimiento del afiliado, toda vez que, si bien la presente acción se encuentra iniciada por la viuda del nombrado, su legitimación activa se encuentra respaldada por su carácter de heredera cónyuge supérstite del Sr. L. (cf. documental obrante a fs. 3/7), lo que la coloca en la noción de consumidor en los términos del art. 1 de la ley 24.240, y por constituir el objeto indemnizatorio de estos autos un potencial ingreso de dinero al acervo sucesorio de aquel (art. 2277 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Todo lo cual, torna aplicable a las presentes actuaciones el régimen tuitivo de defensa de los usuarios y consumidores y, en consecuencia, procedente el beneficio de gratuidad peticionado en los términos del art. 53 *in fine* de la ley 24.240.

Por ello, propongo al Acuerdo: Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 34 y, en consecuencia, declarar la nulidad de la resolución de fs. 32 y la procedencia del beneficio de gratuidad previsto en el art. 53 *in fine* de la ley 24.240.

Es mi voto.

El doctor *Candisano Mera* dijo:

Por coincidir en lo sustancial con las consideraciones efectuadas por mi colega preopinante, y dadas las particulares circunstancias de la causa, adhiero a la solución propuesta en su voto.

Por ello, se resuelve: Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 34 y, en consecuencia, declarar la nulidad de la resolución de fs. 32 y la procedencia del beneficio de gratuidad previsto en el art. 53 *in fine* de la ley 24.240. Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN Nros. 15/2013 y 24/2013) y devuélvase. No suscribe la doctora Fariña (art. 3°, ley 23.482). — *Roberto D. Amabile. — Pablo A. Candisano Mera.*

DEFENSA DEL CONSUMIDOR. FACULTADES DEL ENTE ADMINISTRATIVO

Acarreo de automotor a playa de infractores. Daños ocasionados al vehículo. Servicios públicos. Ente regulador. Indemnización del daño directo. Actividad riesgosa. Cargas probatorias dinámicas. Responsabilidad.

1. — Existe un andamiaje jurídico-normativo que sostiene el accionar del Ente, ya que tanto en la Constitución Nacional como en las leyes locales lo habilitan para investigar, imponer sanciones ante las infracciones a las normas protectorias del consumidor y resolver los reclamos que estos realicen ante dicho organismo.

2. — En el art. 2° de la ley 210 de la Ciudad de Buenos Aires se dotó al Ente de facultades para aplicar las leyes protectorias de los consumidores, además de ejercer el control sobre la prestación de los servicios públicos. Por consiguiente, se encuentra habilitado para fijar daño directo en los términos de lo expresado en el art. 40 bis de la ley 24.240.

3. — Las facultades concedidas en el art. 3°, incisos j) y k) y 20 de la ley 210 de la Ciudad de Buenos Aires se conjugan con las de fijar la indemnización establecida en el art. 40 bis de la LDC.

4. — Debe atenderse a la instancia administrativa como una vía para determinar compensaciones de menor cuantía a los daños sufridos por los consumidores. Así, se evita dejar sin protección a los consumidores considerando los problemas de acceso a la justicia a los que se enfrentan, en especial en los casos relacionados con la escasa cuantía del reclamo y la consecuente falta de motivación de recurrir ante los estrados judiciales para obtener una reparación ante el daño injustamente sufrido.

5. — La especialidad técnica está dada por las propias competencias y funciones especializadas en materia de protección del consumidor asignadas a la mentada dependencia, así como también en materia de servicios públicos.

6. — La parte actora no ha logrado demostrar en qué punto el Ente no fue ni imparcial ni independiente al momento de dictar la Resolución. Por el contrario, solo se limitó a afirmar sin sustento probatorio que no resultaba independiente, efectuando simples consideraciones acerca de los procesos de designación sin explicar de qué manera eso afectaba el requisito en cuestión.

7. — No se evidencia una conculcación a la garantía de debido proceso, toda vez que se ha cumplido con los procedimientos específicamente previstos para estos casos. El Ente corrió traslado al prestador del servicio público de la denuncia efectuada por el consumidor, pudiendo aquel ejercer su derecho a defensa presentando su descargo y ofreciendo la prueba que considerase pertinente. Asimismo, en más de una oportunidad se ha presentado en el expediente a tomar vista y a extraer copias de las actuaciones. Por lo tanto, no se vislumbra una afectación a la garantía alegada por la parte actora, por el contrario, se ha acreditado que se ha cumplido con el procedimiento establecido en las normas vigentes al momento del hecho.

8. — No solo por encontrarse en mejores condiciones de hacerlo sino también porque la legislación vigente le impone un rol activo en la aportación y producción de aquellas pruebas que se encuentre dentro de su alcance y que ayuden a esclarecer los extremos controvertidos, la accionada no podía válidamente escudarse en una mera negativa genérica de los hechos denunciados por el actor prácticamente sin producir pruebas o —mínimamente— aportar aquellas constancias documentales que se encontraban en su poder.

9. — El prestador del servicio público resulta pasible de ser responsable por los daños sufridos por las cosas como consecuencia de la prestación del mentado servicio en los términos del art. 1757 y concordantes del Cód. Civ. y Com.

10. — El consumidor, al momento de formular su reclamo ante el Ente, aportó las pruebas que tenía a su alcance tales como fotografías del vehículo, presupuestos de arreglos, reclamo ante la prestadora del servicio público, factura del acarreo, denuncia ante su compañía aseguradora, entre otros. De este modo, acreditó que su vehículo fue removido de la vía pública por la grúa propiedad del sancionado y depositado en una playa de estacionamiento cuya guarda se encontraba a cargo de la actora. Sumado a ello, acreditó daños en su vehículo que razonablemente pudieron haberse ocasionado como consecuencia de la operatoria del servicio público en cuestión. Ello, teniendo en cuenta que se trata de una actividad riesgosa desplegada en los términos de lo establecido en el art. 1757 del Cód. Civ. y Com.

11. — La bastaba a la sumariada para deslindar su responsabilidad acompañar la filmación del acarreo o simplemente el inventario detallado del estado en que el automóvil ingreso a la playa; extremos que, de conformidad con el Pliego de Bases y Condiciones, debe cumplir al momento de remover un vehículo de la vía pública (del voto de la Dra. Díaz).

CContenciosoadministrativo, Trib. y Relaciones de Consumo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 26/08/2021. – B. R. D. SACIFI c. Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la CABA s/ recurso directo sobre resoluciones del ente único regulador de servicios públicos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/136247/2021]

COSTAS

Se imponen a la vencida.

EXP 5401/2019-0

2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 26 de 2021.

El doctor *Juan Lima* dijo:

Resulta: 1. Que BRD SAICFI (en adelante, "BRD"), a través de su presidente, interpuso recurso directo de apelación ante este tribunal contra la Resolución 149/ERSP/2019 dictada el día 23 de abril de 2019 por el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, "Ente" o "EURSP") en el marco del expediente N° EX-...-EURSPCABA, en la cual se hizo lugar al reclamo iniciado por el Sr. R. J. R. A., Documento Nacional de Identidad ... y, en consecuencia, se le ordenó abonar a este último la suma de treinta y siete mil ciento diez pesos con treinta y tres centavos ($37.110,33) por los daños que habría sufrido su vehículo marca Chevrolet Meriva GL Plus 1.8, Dominio ... en ocasión de su acarreo a una playa de infractores (v. ps. digitales 2/26 del expediente digitalizado al que adjunto la actuación N° ... del 06/08/2020, al que se hará referencia en lo sucesivo).

En su escrito inicial, la actora expuso que el acto dictado surgió de las actuaciones administrativas formadas a partir de la denuncia del Sr. R. A., cuyo vehículo fue removido el 24/06/2018 del lugar en el que se encontraba estacionado por hallarse en infracción.

Refirió que ese día, un agente de tránsito dependiente del GCBA constató que el rodado mencionado se encontraba estacionado en infracción sobre la calle ... de esta Ciudad, procediendo a labrar el Acta N° 763650. Poco después —a las 14:35 hs. aproximadamente— BRD recibió el caso en su sistema y se realizó la operatoria de remoción del rodado.

Seguidamente, la actora expuso que el vehículo fue retirado ese mismo día de la playa de infractores por el Sr. R. A., previo pago del importe correspondiente, sin haber realizado reclamo alguno.

Luego de ello, expresó que transcurridos más de veinte días —el 18/07/2018—, el denunciante volvió a presentarse en sus oficinas para efectuar una denuncia por daños ocasionados al vehículo. En dicha oportunidad, el denunciante suscribió un formulario en el que detalló que como consecuencia del acarreo el rodado presentaba golpes en los guardabarros delantero y trasero izquierdos.

En este escenario, BRD afirmó haber comenzado actuaciones que derivaron en la realización de una inspección técnica cuyo informe arrojó que "[n]o observ[aba] daños de grúa [sino] múltiples eventos..., todos con orientación horizontal 100% o contrarios al ángulo de traslado" (v. p. digital 6 del expediente digitalizado).

En síntesis, la actora solicitó la nulidad del acto dictado por el Ente, puesto que al momento de dictarse la resolución impugnada, solo se tuvieron en cuenta las manifestaciones del denunciante. Ello, conforme manifestó, desconoció el derecho al debido proceso y a una decisión fundada, afectando su derecho de defensa.

Asimismo, expuso que el Ente puso en su cabeza la carga de acreditar cuál era el estado del rodado antes de procederse a su remoción, prueba que consideró diabólica y fuera de las obligaciones que surgían del contrato de concesión que la vinculaba con el GCBA.

En otro orden, la actora peticionó que se declarase la inconstitucionalidad de los artículos 3°, incisos j) y k) y 20 de la Ley 210 en cuanto facultan al Ente a resolver reclamos por daños y perjuicios iniciados por usuarios del servicio de estacionamiento medido.

En tal sentido, consideró que el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de organismos administrativos no podía efectuarse respecto de cuestiones de derecho común, como en el caso (reclamo por daños y perjuicios a un automotor), ya que de esa forma se ven afectados el ejercicio de funciones judiciales y la garantía de defensa en juicio (arts. 109 y 18 de la CN, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Refirió que, en estos casos, el dictado de un pronunciamiento requiere que se instruya previamente el procedimiento probatorio, se determine el tipo y al-

cance de la responsabilidad, se juzgue acerca de sus eximentes y se cuantifique la reparación en caso de admitirse el reclamo, todas tareas a las que consideró inherentes al Poder Judicial; o bien en modo excepcional, a un órgano administrativo idóneo, con funciones jurisdiccionales exclusivas que aseguren su independencia y siempre que el Poder Judicial conserve la facultad de revisar sus decisiones.

Siguiendo esa línea, consideró que el Ente carecía de la especialidad e idoneidad específica en los distintos servicios públicos sobre los que proyectaba sus potestades de fiscalización y control, cuya naturaleza resultaba manifiestamente diversa.

Asimismo, afirmó que su Directorio está compuesto por cinco miembros a los que, si bien se les exige que sean profesionales expertos, no se les requiere que posean especialidad alguna ni ejercen las funciones jurisdiccionales en forma exclusiva.

Finalmente, sostuvo que el deber legal de controlar y sancionar a los concesionarios de los distintos servicios públicos que posee el Ente, impide la imparcialidad que se requiere a un tribunal administrativo a la hora de ejercer funciones jurisdiccionales.

En razón de lo expuesto, planteó la arbitrariedad de la Resolución 149/ERSP/2019 y solicitó que se declarase su nulidad.

2. Que, habiéndose declarado competente para entender en la presente causa y habilitada la instancia judicial, la sala ordenó el traslado correspondiente a la parte demandada, quien lo contestó (v. ps. digitales 122, 125/126 y 129/150 del expediente digitalizado).

2.1. En su presentación, sostuvo que, en el caso, el Ente había actuado como autoridad de aplicación de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (en adelante, "LDC") y había aplicado la figura del daño directo previsto en el artículo 40 bis de la mentada ley. A su vez, destacó que se había cumplido acabadamente con el Reglamento de Procedimientos de Reclamos de Usuarios y Sanciones por infracciones de la Prestación de Servicios Públicos del ERSP, Resolución 673/ERSP/2016 (en adelante, "Reglamento de Procedimientos" o "Resolución 673/ERSP/2016").

Resaltó que la actora no había hecho uso de su derecho de presentar descargo en el expediente administrativo, ni había comparecido a la audiencia del 18/03/2019, pese a haber sido notificada al efecto e, incluso, haber tomado vista de las actuaciones. Agregó que tampoco había presentado alegato.

A su turno, rechazó que el acto impugnado presentase vicios y que fuese arbitrario.

Esgrimió que en los casos como el de autos, el Ente actúa como mediador entre los intereses del usuario y los de la empresa concesionaria y que, una vez analizados todos los elementos probatorios adjuntos al expediente administrativo y atento la ausencia de descargo y/o prueba ofrecida por BRD, se concluyó razonablemente en indemnizar al Sr. R. A.

En otro orden, la demandada rechazó la inconstitucionalidad de los artículos 3°, incisos j) y k) y 20 de la Ley 210 pretendida por su contraria.

Destacó que el Ente poseía la especialización técnica, independencia e imparcialidad necesarias para actuar mediando entre los intereses del usuario y la concesionaria y como autoridad de aplicación local de la Ley de Defensa del Consumidor, aplicando al caso la figura del daño directo establecida en el artículo 40 bis de la propia ley.

Seguidamente, afirmó que BRD no había prestado el debido cuidado a la hora de proceder al acarreo, estacionamiento y depósito del automóvil, ocasionándole al Sr. R. A. daños materiales resarcibles, susceptibles de apreciación pecuniaria. Entendió acreditado el nexo causal y atribuyó la responsabilidad en forma objetiva.

A su vez, remarcó que en el caso se daba el cumplimiento del requisito de razonabilidad del objetivo económico, como respuesta sencilla a aquellos usuarios y consumidores que, por haber sufrido daños de pequeña cuantía, no demandarían judicialmente su reparación.

Por último, entendió salvaguardada la exigencia de control judicial amplio y suficiente, toda vez que sus resoluciones pueden ser recurridas ante la Cámara Contencioso Administrativa Tributaria y de las Relaciones de Consumo de la Ciudad.

3. Que, recibido el alegato de la parte demandada y vencido el plazo correspondiente, los autos pasaron al acuerdo (v. ps. digitales 198/208 y 209 del expediente digitalizado, respectivamente).

3.1. Encontrándose las actuaciones a estudio, se suspendió el llamado de autos al acuerdo, toda vez que el CD acompañado oportunamente no coincidía con el expediente administrativo que diera origen a la resolución aquí impugnada (v. Actuación N° 15614193/2020 del 02/07/2020).

3.2. Posteriormente, conforme surge de las Actuaciones N° 15659226 y 15659245 del 13/07/2020 y sus adjuntos, la parte demandada adjuntó el expediente administrativo N° EX-...-EURSPCABA.

4. Que, mediante la Actuación N° 15751751/2020 del 03/08/2020, se presentó el Sr. J. R. A. y constituyó domicilio electrónico.

Digitalizado que fue el expediente (v. Actuación N° .... del 06/08/2020), el denunciante contestó el recurso de la parte actora (v. Actuación N° 15789729/2020 del 12/08/2020), propiciando su rechazo.

Refirió que el día en el que se llevó a cabo el acarreo de su automóvil, se presentó en la playa de remoción y abonó la factura N° 0046-00174713, retirando el rodado aproximadamente a las 19:03 hs.

Argumentó que no pudo observar los daños que presentaba su vehículo en ese momento porque estaba anocheciendo y había poca visibilidad, advirtiéndolo recién al día siguiente, oportunidad en que se habría comunicado telefónicamente con la actora.

Afirmó que, luego de varios intercambios telefónicos y vía correo electrónico, le informaron cuál era la documentación que debía presentar y fue así que, el 18/07/2018 concurrió personalmente a entregar los documentos solicitados.

En dicha oportunidad, conforme relató el denunciante, completó un formulario haciendo una breve descripción de los daños, esgrimiendo las razones por las cuales no había advertido el estado del rodado al momento del retiro y justificando la demora en realizar el reclamo en razones laborales.

Así las cosas, manifestó que el día 16/08/2018 se efectuó una inspección técnica del automóvil en la playa de BRD, sin haber recibido comunicación alguna de la actora desde entonces.

En ese contexto, conforme afirmó, inició el reclamo ante el EURSP en los términos de lo normado en los arts. 3 inc. j) y k) y 20 de la Ley 210 y lo previsto en el Reglamento de Procedimientos de Reclamos de Usuarios y Sanciones por Infracciones en la Prestación de Servicios Públicos del Ente, que concluyó con el dictado de la resolución aquí recurrida.

Consideró que lo allí decidido fue consecuencia de un proceso debidamente instruido, que tuvo en cuenta las constancias aportadas por las partes y destacó la falta de actuación de la actora, pese a encontrarse notificada y haber tomado vista de las actuaciones administrativas.

En otro orden, atribuyó responsabilidad objetiva a BRD y estimó cumplidos los requisitos para su procedencia.

Por lo demás, propició el rechazo de la nulidad de la resolución sancionatoria pretendida por su contraria, resaltando la falta de colaboración de la actora en sede administrativa.

4.1. De dicha presentación se corrió traslado a BRD, quien lo contestó el 28/08/2020, a cuyos términos me remito brevitatis causae (v. Actuaciones N° 15792561/2020 y 15842990/2020, respectivamente).

4.2. De la posible incompatibilidad de la letrada patrocinante del Sr. R. A. para actuar como tal, debido a ostentar el cargo de Subgerente Operativa de la Subgerencia Operativa Legales del Ente de Mantenimiento Urbano del Ministerio de Espacio Público e Higiene Urbana, se corrió traslado a la demandada y a la mencionada profesional quienes lo contestaron mediante las Actuaciones N° 15878047/2020 y 15938862/2020, respectivamente.

Por otro lado, ambas partes se opusieron a la contestación efectuada por la actora por considerar que introdujo argumentos nuevos luego de precluida la etapa procesal oportuna y estando el expediente para dictar sentencia. Por lo tanto, solicitaron que no se tuviera en cuenta a los fines de resolver el caso (v. p. 1 de las Actuaciones N° 15878047/2020 del 01/08/2020 y ps. 5/7 de las Actuaciones N° 15938862/2020 del 02/09/2020, respectivamente).

4.3. Por último, la Sra. fiscal ante la Cámara emitió el dictamen que luce en Actuación N° 16032246/2020 del 07/10/2020.

Finalmente, se reanudó el llamado de autos al acuerdo (v. Actuación N° 16033160 del 08/10/2020).

Considerando:

Que, previo a todo, corresponde delimitar el thema decidendum de la presente controversia. En este sentido, la litis ha quedado delimitada a los planteos expuestos por la parte actora en el recurso directo (v. ps. digitales 2/26 del expediente digitalizado) y las respectivas contestaciones de la parte demandada y del denunciante citado como tercero (v. ps. digitales 129/150 del expediente digitalizado y Actuación N° 15789729/2020 del 12/08/2020, respectivamente).

En cuanto a la presentación efectuada por parte de BRD (v. Actuación N° 15842990/2020 del 28/08/2020) a la contestación del consumidor en calidad del tercero, solo se tendrán en cuenta aquellas manifestaciones relacionadas con la prueba presentada por este, soslayando todos aquellos argumentos relacionados con el objeto de la litis incorporados extemporáneamente, vinculados a hechos y análisis jurídicos, puesto que ellos debieron esgrimirse al momento de interponerse el recurso directo, etapa que se encuentra precluida.

Que corresponde poner de resalto el marco normativo correspondiente a la presente controversia.

En primer término, cabe destacar que en el artículo 42 de la Constitución Nacional se establece que "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

A su vez, en ámbito de la Ciudad, en el artículo 46 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante "Constitución Local" o "CCABA"), se contempló que "La Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten. Protege la salud, la seguridad y el patrimonio de los consumidores y usuarios, asegurándoles trato equitativo, libertad de elección y el acceso a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna, y sanciona los mensajes publicitarios que distorsionen su voluntad de compra mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas. Debe dictar una ley que regule la propaganda que pueda inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación. Ejerce poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en la Ciudad, en especial en seguridad alimentaria y de medicamentos. El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos promueve mecanismos de participación de usuarios y consumidores de servicios públicos de acuerdo a lo que reglamente la ley".

Por su parte, en el artículo 138 de la Constitución local se dispuso lo siguiente: "El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad, instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo, es autárquico, con personería jurídica, independencia funcional y legitimación procesal.

Ejerce el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos cuya prestación o fiscalización se realice por la administración central y descentralizada o por terceros para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto".

Que, por cuestiones de orden metodológico, corresponde abordar los planteos efectuados por la parte actora relacionados con la inconstitucionalidad de los artículos 3° j) y k) y 20 de la Ley 210, por cuanto consideró que el Ente no estaba facultado para dictar el acto aquí cuestionado.

Para ello, de manera preliminar, corresponde efectuar algunas precisiones en cuanto al ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales por parte de la Administración.

En este marco de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, "Corte Suprema" o "CSJN"), en el caso "Fernández Arias" (Fallos: 247:646) ratificó su postura acerca del reconocimiento de la posibilidad de que la Administración pueda ejercer funciones materialmente jurisdiccionales. Al respecto, sostuvo que el fundamento de ello radicaba en "...la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social (véase Fallos: 199:483, ps. 524 y 536), los que de otra manera solo podrían ser tardía o insuficientemente satisfechos..." (Fallos: 247:646, considerando 5°).

Sin perjuicio de ello, se consideró que dichas funciones no eran ilimitadas. De este modo, se destacó que "...entre esas limitaciones prestablecidas figura, ante todo, la que obliga a que el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos quede sujeto a control judicial suficiente, a fin de impedir que aquellos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraídos a toda especie de revisión ulterior (Fallos: 244:548)" (Fallos: 247:646, considerando 13°).

Por su parte, en el caso "Ángel Estrada" (Fallos: 328:651), la Corte Suprema resolvió que, para ejercer la jurisdicción administrativa acorde a los preceptos constitucionales, las dependencias debían cumplir los siguientes requisitos:

1) Los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley.

2) Su independencia e imparcialidad estén aseguradas.

3) El objetivo económico y político tenido en cuenta para su creación haya sido razonable.

4) Las decisiones de los organismos estén sujetas a control amplio y suficiente.

En virtud de ello, se consideró que la atribución de la jurisdicción primaria a organismos administrativos se justifica cuando "...la resolución de la controversia presuponga la familiaridad con hechos cuyo conocimiento haya sido confiado por la ley a cuerpos expertos, debido a que su dilucidación depende de la experiencia técnica de dichos cuerpos; o bien porque están en juego los particulares deberes regulatorios encomendados por el Congreso a una agencia de la administración; o cuando se procure asegurar la uniformidad y consistencia en la interpretación de las regulaciones políticas diseñadas por la agencia para una industria o mercado particular" (Fallos: 328:651, considerando 13). A raíz de ello, aplicando dichos principios al caso que se les presentó, el Alto Tribunal sostuvo que las jurisdicciones de los organismos administrativos se circunscribían a "...las materias que configuran 'el corazón' de las tareas que tuvo en miras el Congreso que las emplazó" (Fallos: 328:651, considerando 13).

Por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante, PTN o Procuración del Tesoro) dictaminó sobre el alcance de la doctrina asentada por la Corte Suprema en el mentado caso "Ángel Estrada", circunscripto esta vez a los reclamos de daños en las instalaciones y/o artefactos propiedad del usuario como consecuencia de la deficiencia del servicio eléctrico (v. PTN, dictamen N° 64 del 16 de marzo de 2006).

Sobre este punto, efectuó un distingo entre el supuesto del caso "Ángel Estrada" con el de otorgar una compensación por el daño producido en los artefactos de los usuarios. En consonancia con ello, tal como lo sostuvo en dictámenes anteriores (v. Dictámenes: 256:358), expresó que "...establecido el incumplimiento contractual de la distribuidora por parte del ENRE, la determinación del valor del daño emergente consistente en un objeto determinado, no hace invadir al ENRE la función del Poder Judicial. Es que se trata de un dato de conocimiento simple: cuánto vale en el mercado el artefacto de acuerdo a su calidad y/marca. Ciertamente, el ciclo del ejercicio de esa competencia y jurisdicción se completa con la facilitación al usuario de un título que reconoce su derecho y que lo libera de un proceso de conocimiento para su convalidación judicial, en caso de que la distribuidora no se avenga a su pago en sede administrativa. Allí empieza y termina la competencia y jurisdicción del ente regulador en el fallo en comentario.

Debe interpretarse, entonces, que todo aquel efecto que provoque la responsabilidad arriba analizada y que exceda del daño emergente entendido como el resarcimiento de la cosa misma afectada, debe, para la Corte, ser dilucidado en sede judicial" (PTN, dictamen N° 64 del 16 de marzo de 2006, punto 1.4.).

En paralelo, la Procuración del Tesoro avanzó aún más en la justificación de la constitucionalidad de la jurisdicción administrativa, indicando que si se interpretara que el fallo "Ángel Estrada" vedaba la posibilidad —en ese caso— de fijar una indemnización en sede administrativa equivalente al valor de reposición del producto dañado, sería irrazonable, puesto que ello implicaría que cada usuario deba iniciar un proceso judicial a los fines de obtener la mentada reparación.

En virtud de ello, consideró que "[l]a irrazonabilidad de ese efecto sería tan evidente que hace innecesario explayarse en detalle para demostrarla. Así, las dos hipótesis imaginables resultan insinceras o irrealistas. El orden natural de las cosas autoriza a vaticinar que, frente a la amenaza de los costos judiciales por encima de los montos pretendidos, la mayoría de los usuarios optaría por no efectuar su reclamo (...) Si se resolviera el problema entre el estímulo de un proceso y el costo de este de todos modos todavía quedaría sin superar la inconcebible predisposición a esperar el lapso de un proceso escrito, la otra hipótesis conduce a imaginar un Poder Judicial desbordado de causas promovidas por dueños de tostadoras eléctricas, televisores, etc. (los sectores más humildes de la sociedad son los que estarían en dificultades para comprar rápidamente el bien afectado), en las que habría que debatir, peritos mediante, desde la responsabilidad de la empresa de servicios públicos, hasta el valor en el mercado del artefacto dañado o destruido" (PTN, dictamen N° 64 del 16 de marzo de 2006, punto 1.6.).

Por último, debe mencionarse que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal dictó el plenario "Edesur SA c. Resolución 361/2005 ENRE-RS 568/08 SE" del 13/07/2011 cuya finalidad fue dilucidar si el ente regulador tenía competencia para determinar daño directo en aquellos casos en los cuales los usuarios acudieran ante dicho ente.

Luego de recoger el criterio adoptado por la Procuración del Tesoro en cuanto al alcance del precedente "Ángel Estrada", estimó que la vía administrativa a los fines de obtener una reparación constituía un procedimiento eficaz para los consumidores a los fines de la prevención y solución de conflictos: "No resulta ocioso recordar que los particulares tienen derecho a la protección de sus intereses económicos y a que se establezcan procedimientos eficaces para la pre-

vención y solución de conflictos (art. 42 CN) y que el deber 'atribuido' al Estado de proveer esa protección incluye a las funciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales" (C. Nac. en lo Contencioso Administrativo Federal, en pleno, "Edesur SA c. Resolución 361/05 ENRE-RS 568/08 SE", del 13/07/2011, LA LEY, 2011-E, 360).

Que, en virtud de lo expuesto, corresponde determinar si el Ente Único estaba facultado para fijar una indemnización a favor del Sr. R. A. en los términos en los cuales lo hizo.

Para ello, cabe recordar que el vocablo "autoridades" del artículo 42 de la Carta Magna citado, debe ser interpretado en sentido amplio. A su vez, en el párrafo tercero del mentado artículo se determinó que la "... legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos...".

Por su parte, en el artículo 41 de la LDC se legisló en sentido amplio sobre las autoridades de control de la mentada norma. En él se prevé que "[l]a Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones". A su vez, en su artículo 42 se reconoce expresamente la potestad de control local, al establecerse que "[l]a autoridad nacional de aplicación, sin perjuicio de las facultades que son competencia de las autoridades locales de aplicación referidas en el art. 41 de esta ley, podrá actuar concurrentemente en el control y vigilancia en el cumplimiento de la presente ley".

Por tal motivo, en el orden local, siguiendo el espíritu de la letra del artículo 42 de la Constitución Nacional y en consonancia con el régimen nacional citado en los párrafos anteriores, en la Constitución local, se estableció en su artículo 46 la protección de los Derechos de los Consumidores y Usuarios.

A tal fin, en la propia Constitución local se estipularon las funciones que desempeñaría el Ente, por lo cual se estableció expresamente en su artículo 138 la función de tutelar y proteger a los consumidores.

Asimismo, en el artículo 80 de la mentada Constitución se atribuye a la Legislatura local la facultad de "... Dictar leyes resoluciones y declaraciones para hacer efectivo el ejercicio de los derechos, deberes y garantías establecidos en la Constitución Nacional y en la presente y toma todas las decisiones previstas en esta Constitución para poner en ejercicio los poderes y autoridades...".

En virtud de ello, a los efectos de reglamentar el artículo 138 de la CCABA, la Legislatura de la Ciudad sancionó la Ley 210, en donde reguló las funciones, competencias y potestades del Ente. Es así que en su artículo 2°, se establece el objeto del Organismo y se dispone que "[e]l Ente ejerce el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos prestados por la administración central o descentralizada o por terceros, así como el seguimiento de los servicios cuya fiscalización realice la Ciudad de Buenos Aires en forma concurrente con otras jurisdicciones, para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto...".

En consonancia con ello, en el artículo 3° se determinan específicamente sus funciones, donde se menciona expresamente: "...a) Verificar el correcto cumplimiento de las leyes o normas reglamentarias de los servicios sometidos a su jurisdicción, b) Controlar las actividades de los prestadores de servicios públicos en todos los aspectos prescritos por la normativa aplicable respecto a la seguridad, higiene, calidad, continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios (...). j) Recibir y tramitar las quejas y reclamos que efectúen los usuarios en sede administrativa tendientes a resolver el conflicto planteado con el prestador. El Ente dicta las normas internas de procedimiento del trámite administrativo. k) Ejercer la jurisdicción administrativa. l) Reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, y aplicar las mismas respetando los principios del debido proceso...".

En línea con esto último, en el artículo 20 se dispone que "Toda controversia que se suscite entre los sujetos de los distintos servicios regulados, así como con todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, con motivo de la prestación del servicio, debe ser sometida en forma previa al conocimiento y consideración del Ente a cuyo efecto dicta las normas reglamentarias pertinentes. Es facultativo para los usuarios el sometimiento a la jurisdicción previa del Ente".

A su turno —en virtud de lo normado en el artículo 3°, inciso l) de la Ley N° 210— se dictó la Resolución N° 673/ERSP/2016, mediante la cual se aprobó el Reglamento de Procedimientos que entró en vigencia el 01/03/2017 y cuyas previsiones regulan el procedimiento administrativo para la solución de toda controversia que se suscite entre los usuarios de los servicios públicos controlados por el ERSP y las prestatarias de dichos servicios, así como el procedimien-

to para la aplicación de sanciones correspondientes por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios públicos (art. 1).

Finalmente, en la Ley 757, en su artículo 2°, se establece que "La máxima autoridad del Gobierno de la Ciudad en materia de defensa de los consumidores y usuarios, será la autoridad de aplicación a los efectos de esta ley y de las Leyes Nacionales de Defensa del Consumidor (24.240) y de Lealtad Comercial (22.802), sin perjuicio de las funciones de los demás organismos de la Ciudad que persigan la protección y defensa del Consumidor o de problemáticas afines a las establecidas por esta ley...". De esta manera, se excluye la posibilidad de cualquier tipo de contradicción entre los distintos organismos que tengan como función velar por los derechos de los consumidores.

Por último, en la directriz 37 de las Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas (en adelante, "Directrices"), se contempló que "[l]os Estados Miembros deben alentar el establecimiento de mecanismos justos, efectivos, trasparentes e imparciales para atender reclamaciones de los consumidores, por medios administrativos, judiciales y alternativos de solución de controversias, incluidos los casos transfronterizos. Los Estados Miembros deben establecer o mantener medidas legales o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, transparentes, poco costosos y accesibles...".

9. Que, en este contexto, cabe determinar si las funciones jurisdiccionales que ejerce el Ente en virtud de los artículos 3°, incisos j) y k) y 20 de la Ley 210 se ajustan al Bloque de Constitucionalidad.

Para ello, cabe recordar que la parte actora consideró que dichos artículos resultaban inconstitucionales debido a que se estaban sometiendo cuestiones del derecho privado al conocimiento del Ente, como así también entendió que este no resultaba ser un organismo idóneo, especializado e independiente, incumpliendo con los estándares fijados por la Corte Suprema en el caso "Ángel Estrada" (v. ps. digitales 12/23 del expediente digitalizado).

9.1. En cuanto al planteo del tratamiento de cuestiones de derecho privado, es imprescindible recordar lo expuesto en el considerando 7° en relación a la posibilidad de que los organismos administrativos puedan ejercer funciones materialmente jurisdiccionales.

En el caso concreto, conforme fuera expresado en el precedente "Metrovías SA c. Ente Único Regulador de Servicios de la CABA s/ otros rec. judiciales contra res. pers. públicas no est.", Expte. N° RDC3315/0 del 19/02/2015, puede colegirse que existe un andamiaje jurídico-normativo que sostiene el accionar del Ente, ya que tanto en la Constitución Nacional como en las leyes locales lo habilitan para investigar, imponer sanciones ante las infracciones a las normas protectorias del consumidor y resolver los reclamos que estos realicen ante dicho organismo.

De este modo, tal como se expuso anteriormente, en el artículo 2° de la Ley 210 se dotó al Ente de facultades para aplicar las leyes protectorias de los consumidores, además de ejercer el control sobre la prestación de los servicios públicos.

Por consiguiente, se encuentra habilitado para fijar daño directo en los términos de lo expresado en el artículo 40 bis de la Ley 24.240. Allí, en el párrafo segundo, se estableció que "[l]os organismos de aplicación, mediante actos administrativos, fijarán indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo".

Por lo tanto, las facultades concedidas en los artículos 3°, incisos j) y k) y 20 de la Ley 210 se conjugan con las de fijar la indemnización establecida en el artículo 40 bis de la LDC. Ello permite concluir que el legislador delegó en la Administración la posibilidad de fijar indemnizaciones dentro de los límites establecidos en las normas mencionadas anteriormente.

Al respecto, al momento de tratarse la Ley 26.361 en el Congreso de la Nación, en el dictamen de comisión en la Cámara de Diputados, se explicó que la finalidad de incorporar el daño directo en el ordenamiento jurídico argentino era brindar la posibilidad de evitar la frustración de la obtención de un resarcimiento por parte del consumidor ante la escasa cuantía que podía implicar su reclamo, lo cual lo desalentaría a recurrir a la vía judicial (v. Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Comisión de Defensa del Consumidor, Sesiones Ordinarias 2006, Orden del Día N° 306, p. 16).

Asimismo, en el debate de la mentada ley en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, se expresó que la incorporación del daño directo se encontraba vinculada con el mandato constitucional del establecimiento de procedimientos eficaces, puesto que tornaba efectiva la posibilidad de que el consumidor pudiera obtener un resarcimiento en sede administrativa: "El artículo 42 de nuestra Constitución Nacional establece la obligación de crear mecanismos que otorguen protección efectiva a los derechos del con-

sumidor. En ese sentido, la creación de la figura del daño directo es efectiva para que un consumidor pueda conseguir satisfacción de su derecho y un resarcimiento justo en la vía administrativa" (Versión taquigráfica de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 25° Reunión, 18° Sesión Ordinaria, 9 de agosto de 2006, intervención de la diputada Córdoba).

Además, el legislador ha explicado las razones por las cuales ha dotado a la Administración de la facultad de fijar una indemnización por daño directo: "Ahora bien, ¿por qué establecemos que la autoridad administrativa o la autoridad de aplicación puede fijar un daño directo y lo determinamos en un importe de cinco canastas básicas totales del hogar, definidas por el INDEC? Por una cuestión práctica.

La realidad nos indica que la inmensa mayoría de los usuarios y consumidores que concurren ante los entes reguladores o ante la autoridad administrativa de aplicación a reclamar por la violación concreta del derecho de parte del proveedor o prestador de un servicio, muchas veces no ve satisfecha su pretensión. Hay una violación concreta a un derecho, pero como muchas veces los montos o el perjuicio o menoscabo concreto son de poca significación, lo que se da en la práctica es el accionar contrario a derecho de una empresa prestataria de servicios públicos o de un proveedor y un particular damnificado, que no concreta en la práctica su pretensión. Es por esta razón que nos parece adecuado que la autoridad de aplicación fije este daño directo" (Versión taquigráfica de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, 21° Reunión, op. cit., intervención del senador Petcoff Naidenoff, p. 56).

De lo expuesto, se desprende que la posibilidad de que el consumidor pueda reclamar una indemnización en sede administrativa es una vía para hacer efectiva la garantía referida a legislar procedimientos eficaces para solucionar conflictos consagrada en el artículo 42 de la Constitución Nacional, atendiendo a la escasa cuantía que suelen tener las causas que se presentan en este ámbito y al acotado alcance de los daños que pueden resarcirse en este ámbito (v. art. 40 bis de la LDC).

Esto ha sido expresamente reconocido tanto por la Corte Suprema, los tribunales inferiores y la Procuración del Tesoro, entendiendo que la vía administrativa para determinar compensaciones de menor cuantía a los daños sufridos por los consumidores resultaba ser la finalidad que se tuvo en miras para dotar a los organismos administrativos de la posibilidad de ejercer funciones jurisdiccionales.

Así, se evita dejar sin protección a los consumidores considerando los problemas de acceso a la justicia a los que se enfrentan, en especial en los casos relacionados con la escasa cuantía del reclamo y la consecuente falta de motivación de recurrir ante los estrados judiciales para obtener una reparación ante el daño injustamente sufrido (v. Fallos: 337:196; 337:753 y 337:762).

Asimismo, se contempló específicamente que sea la autoridad administrativa de aplicación de la Ley 24.240 quien ejerza dicha función materialmente jurisdiccional, delimitando tanto en la definición como en el monto el alcance del daño directo y sometiendo sus decisiones a un control judicial amplio y suficiente, conforme a la doctrina asentada en la materia por la Corte Suprema. Tal como se expuso, de acuerdo a lo establecido en los artículo 2° de la Ley 210 y 2° de la Ley 757, el Ente tiene dentro de sus funciones la de ser también autoridad de aplicación de la Ley 24.240.

En el caso concreto, el acto dictado por el Ente versó sobre los daños reclamados por el consumidor, los cuales encuadran dentro de las previsiones de lo estipulado en el artículo 40 bis de la LDC. En efecto, de acuerdo a lo descripto por el organismo al momento de dictar el acto aquí cuestionado, se desprende que habrían sido daños ocasionados al vehículo del consumidor en ocasión o con motivo del acarreo por parte de BRD. Es decir, daños materiales en conexión directa e inmediata con el servicio prestado por el concesionario de fácil y simple comprobación y cuantificación.

Por lo tanto, no se evidencia que el actuar del Ente se encuentre por fuera de las funciones que se le han reconocido constitucional y legalmente.

9.2. Por otro lado, la parte actora ha tachado de inconstitucional las funciones jurisdiccionales del Ente por entender que este no resultaba especializado en cada uno de los servicios públicos que controla y fiscaliza.

En virtud de ello, tanto en el precedente "Ángel Estrada" como en el artículo 40 bis, inciso b) de la Ley 24.240, se ha requerido que el organismo administrativo que ejerza las funciones jurisdiccionales cuente con especialización técnica.

En el *sub lite*, para lo que atañe al objeto del acto cuestionado, la especialidad técnica está dada por las propias competencias y funciones especializadas en materia de protección del consumidor asignadas a la mentada dependencia, así como también en materia de servicios públicos. En efecto, para la designación de los directores, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5°, inciso a) de la Ley 210, deben ser profesionales expertos, debiéndose dedicar exclusivamente a las funciones del Ente (inc. b) del mentado artículo).

Por lo tanto, la experiencia en la materia constituye un requisito ineludible para la designación de los funcionarios que dictan el acto. En consecuencia, no se ha explicado ni demostrado la supuesta falta de conocimiento especializado en materia de servicios públicos ni el impacto eventual con las funciones de fijar una indemnización en virtud de los daños sufridos por un consumidor en ocasión de la prestación de un servicio público, resultando ser meras afirmaciones sin sustento fáctico ni jurídico.

Es por ello que tampoco se ha logrado demostrar que las funciones jurisdiccionales que ejerce el Ente son inconstitucionales por no contar con la especialización exigida en las normas y por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

9.3. Por último, BRD también alegó que la jurisdicción administrativa asignada al Ente resultaba inconstitucional, puesto que este no resultaba ser independiente e imparcial.

En primer lugar, de acuerdo a lo establecido en el párrafo primero del artículo 138 de la Constitución local, se dispuso que el Ente sea autárquico, con personería jurídica y con independencia funcional.

Por su parte, en el último párrafo del artículo 139 de la Constitución local, en relación a la imparcialidad e independencia de los integrantes del directorio del Ente, se estableció lo siguiente: "No podrán tener vinculación directa ni mediata con los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos".

Esto último se reforzó con las previsiones del artículo 5°, inciso d) de la Ley 210, en la cual se previeron los plazos por los cuales los miembros del directorio del Ente no podían tener vinculaciones con los concesionarios de servicios públicos ni antes ni después de ocupar la función pública.

Por su parte, en cuanto a su designación, se componen por un miembro propuesto por el Poder Ejecutivo —quien ejercerá de presidente— y los restantes vocales serán propuestos por la Legislatura, debiendo ser uno de ellos miembro de organizaciones de consumidores (v. arts. 139 de la Constitución local y 4° de la Ley 210).

Asimismo, las designaciones se hacen por mayoría absoluta de los miembros de la Legislatura. Previo a ello, los candidatos a ocupar los cargos en el directorio del Ente deberán presentarse ante audiencia pública en la cual se podrá impugnar o plantear alguna incompatibilidad para ejercer la mentada función. Es decir, que sus miembros no son simples designaciones por parte de la autoridad administrativa, sino que se sigue un procedimiento concursal ante el Poder Legislativo con presentación de antecedentes y audiencia pública que se debe sortear para acreditar los requisitos exigidos en la Constitución local y en la Ley 210 para desempeñar dichas funciones.

Todos estos recaudos para su designación, como el diseño institucional que tiene el Ente (autárquico y con independencia funcional) hacen que el requisito de independencia exigido tanto por la Corte Suprema en el caso "Ángel Estrada" como en el inciso b) del artículo 40 bis de la Ley 24.240 se encuentre cumplidos.

Asimismo, en cuanto a la imparcialidad, se hace referencia que quienes ejerzan las funciones jurisdiccionales no guarden vínculo ni conflicto de intereses con las partes. Es decir, para resolver, no deberían tener ningún tipo de relación ni con la prestadora del servicio público ni con el usuario.

Dicha circunstancia se verifica al momento de la designación. A su vez, tampoco se ha acreditado en el *sub lite* la existencia de parcialidad o vinculación con alguna de las partes.

Por consiguiente, la parte actora no ha logrado demostrar en qué punto el Ente no fue ni imparcial ni independiente al momento de dictar la Resolución 149/ERSP/2019. Por el contrario, solo se limitó a afirmar sin sustento probatorio que no resultaba independiente, efectuando simples consideraciones acerca de los procesos de designación sin explicar de qué manera eso afectaba el requisito en cuestión.

9.4. Por lo tanto, conforme a todo lo expuesto a lo largo del presente considerando, corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad de los artículos 3°, inciso j) y k) y 20 de la Ley 210 efectuado por la parte actora.

10. Que, en otro orden de ideas, corresponde abordar el planteo de nulidad de la Resolución 149/ERSP/2019 efectuado por la parte actora. En este sentido, sostuvo que se había vulnerado su derecho al debido proceso y que la Administración había resuelto el caso basado exclusivamente en las afirmaciones del denunciante (v. ps. digitales 7/8 del expediente digitalizado).

10.1. De manera preliminar cabe recordar el procedimiento que debe seguir el Ente para tratar los reclamos efectuados por los usuarios.

En el artículo 42, párrafo tercero de la Constitución Nacional, se determinó lo siguiente: "La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos...". Por su parte, en el segundo párrafo del mentado artículo se dispuso que

las autoridades, en sentido genérico, deben proveer a la protección de los derechos de los consumidores.

En el artículo 3°, inciso j) de la Ley 210 se estableció entre las funciones del Ente "[r]ecibir y tramitar las quejas y reclamos que efectúen los usuarios en sede administrativa tendientes a resolver el conflicto planteado con el prestador. El Ente dicta las normas internas de procedimiento del trámite administrativo".

Por su parte, en el artículo 6° de la Resolución 673/ERSP/2016 se definió que se entendía como "reclamo" a "...toda pretensión propia de un usuario, sea persona física o jurídica, con motivo de un perjuicio que haya sufrido como consecuencia del uso o la prestación de alguno de los servicios controlados por el Ente".

En cuanto a su tramitación, luego de la presentación efectuada por el usuario y de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 de la Resolución 673/ERSP/2016, se corre traslado del reclamo al prestador del servicio público denunciado para que en el plazo de diez días de notificado se presente, se allane o efectúe su descargo y presente toda la prueba que considere pertinente. Asimismo, deberá manifestar si solicita o no una audiencia de conciliación.

En esta línea de ideas, en el primer párrafo del artículo 14 de la Resolución 673/ERSP/2016 se estableció que "...presentado el descargo, de existir hechos controvertidos el instructor resolverá, dentro del plazo de diez días hábiles, la apertura a prueba de las actuaciones, ordenando la producción de toda aquella prueba que considere conducente a obtener la verdad material".

Por último, en cuanto al trámite del reclamo, en el artículo 15 de la mentada resolución, se dispuso la celebración de una audiencia de recepción de prueba (si es que la hubiere) y de alegato a la cual las partes deben concurrir personalmente o por apoderado con facultades suficientes.

10.2. Asentado lo anterior, es dable adelantar que el procedimiento administrativo por el cual se sustanció el acto cuestionado en el *sub lite* se ha ajustado a derecho y, en consecuencia, se ha cumplido con la garantía de debido proceso.

En efecto, de la compulsa del Expediente N° EX-...-EURSPCABA "... s/ reclamo por daños ocasionados durante el acarreo" (digitalizado en tres partes en las Actuaciones N° 15660572/2020 del 16/07/2020, a las que se harán referencia en lo sucesivo) se puede colegir que se ha cumplido con el procedimiento establecido en la Resolución 673/ERSP/2016.

Luego de recibido el reclamo efectuado por el consumidor (v. ps. 9/12 del expediente administrativo digitalizado, parte 1), se procedió a correr traslado de este al proveedor. Sobre este punto, obra la cédula de notificación por la cual BRD quedó anoticiado de la apertura del expediente administrativo y fue citado a presentar su descargo y la prueba que considerase pertinente (v. ps. 38/39 del expediente administrativo digitalizado, parte 1).

Habida cuenta de la mentada notificación, BRD se presentó en el expediente administrativo y solicitó tomar vista y extraer copias de lo actuado hasta ese momento (v. p. 41 del expediente administrativo digitalizado, parte 1).

A su vez, en los términos del artículo 15 de la Resolución 673/ERSP/2016, se ha citado a ambas partes a la audiencia de recepción de prueba y alegatos sin que ninguna de ellas comparecieran (v. p. 129 del expediente administrativo digitalizado, parte 2).

Asimismo, en el expediente administrativo, se ha acompañado prueba sobre la cual el Ente se basó expresamente para dictar el acto mediante el cual fijó la indemnización a favor del consumidor (v. ps. 13/28 del expediente administrativo digitalizado, parte 1). Frente a ello, la parte actora, al momento de ejercer su derecho a descargo, tuvo la posibilidad de controvertir los elementos probatorios acompañados por el consumidor, así como también ofrecer prueba a su favor, circunstancia que no aconteció en el expediente *sub examine*.

Habida cuenta de ello, no se evidencia una conculcación a la garantía de debido proceso, toda vez que se ha cumplido con los procedimientos específicamente previstos para estos casos. Es insoslayable que el Ente corrió traslado al prestador del servicio público de la denuncia efectuada por el consumidor, pudiendo aquel ejercer su derecho a defensa presentando su descargo y ofreciendo la prueba que considerase pertinente. Asimismo, en más de una oportunidad se ha presentado en el expediente a tomar vista y a extraer copias de las actuaciones. Por lo tanto, no se vislumbra una afectación a la garantía alegada por la parte actora, por el contrario, se ha acreditado que se ha cumplido con el procedimiento establecido en las normas vigentes al momento del hecho.

Es por ello que la parte actora pudo ejercer en todo momento su derecho de defensa, aportar toda la prueba que considerase necesaria y controvertir la denuncia efectuada por el consumidor. Sin embargo, nada de ello ocurrió, invocando una inexistente violación al debido proceso cuando resulta palmario que este se instruyó conforme a derecho.

10.3. Por todo lo expuesto anteriormente, corresponde rechazar el planteo de nulidad formulado por BRD en relación a la violación del debido proceso.

11. Que, finalmente, la parte actora afirmó que el Ente había resuelto el caso teniendo en cuenta solamente las afirmaciones del consumidor y que había invertido injustamente la carga de la prueba en su contra (v. ps. digitales 6/7 del expediente digitalizado).

11.1. Al respecto, cabe recordar que de acuerdo a los Pliegos de Bases y Condiciones Generales, Particulares y Especificaciones Técnicas para la Licitación Pública Nacional aprobados mediante el artículo 2° de la Ley 5728 (en adelante, "Pliegos"), se establecen una serie de obligaciones y precisiones acerca de la responsabilidad del prestador del servicio público relacionado con el Sistema de Estacionamiento de la Ciudad.

En las Condiciones Particulares de los Pliegos (Anexo III de la Ley 5728), se establecieron las obligaciones a cargo del concesionario. En efecto, en el artículo 48, inciso 4 de las mentadas condiciones se dispuso lo siguiente: "En la ejecución del Contrato el Concesionario deberá ajustarse estrictamente a la documentación contractual, obligándose a: (...) 4. Adoptar recaudos para evitar alteraciones por parte de su personal y situaciones de cualquier tipo que perjudiquen la tranquilidad pública, el orden y la seguridad de las personas haciéndose responsable de todas las consecuencias mediatas e inmediatas —civiles y/o criminales— que tal situación provoque en las personas y/o cosas conforme lo previsto en los artículos 1757, 1758 y concordantes del Cód. Civ. y Com. de la Nación aprobado por la Ley 26.994".

En esta línea de ideas, en el artículo 51 del Anexo III de la Ley 5728, se determinó el alcance de la responsabilidad del concesionario de la siguiente manera: "Durante la vigencia del Contrato, el Concesionario tendrá a su cargo la responsabilidad civil por los daños o perjuicios que ocasionara a personas o cosas con su accionar o por el de sus dependientes derivados de la ejecución del Contrato debiendo mantener indemne al GCABA de cualquier demanda que este recibiera por dicho motivo (...) Durante el período por el que se otorgue la concesión, el Concesionario asumirá la responsabilidad por la totalidad de los perjuicios y/o daños que pueda ocasionar a personas o cosas con su accionar o por el de sus dependientes, contratistas, administradores, directores y/o representantes. Es igualmente responsable por el cumplimiento de todas las leyes y disposiciones vigentes...".

Por otro lado, en el Anexo IV de la Ley 5728 se establecieron las especificaciones técnicas del servicio público relacionado con el sistema de estacionamiento regulado de la Ciudad. Allí, en cuanto a los equipos para la remoción y traslado de los vehículos estacionados en infracción, se previó en el punto 3.11.1.2.2 que "...cada grúa deberá contar con equipos de filmación de la operatoria, provistos por el Concesionario, en tanto esté cumpliendo con el proceso de acarreo de un vehículo.

La información deberá estar disponible (a requerimiento de la Autoridad de Aplicación) durante un período, no inferior a treinta días corridos. En caso de ser solicitada, se deberá entregar fraccionada de modo tal que se pueda apreciar el proceso completo de acarreo. Las cámaras utilizadas, deberán poseer la calidad y resolución adecuadas, que permitan ver las imágenes con nitidez durante todo el proceso de acarreo, y soportar intemperie, vibraciones y demás condiciones de operación".

Asimismo, en el punto 3.11.2 del Anexo IV de la Ley 5728, se estableció que "[c]on los datos del vehículo acarreado ingresado, el personal de playa confeccionará una 'Planilla de inventario', que será debidamente completada consignando en forma pormenorizada y detallada el estado del vehículo al ingresar a la playa, la cual —en todos los casos— deberá ser firmada por el encargado de la playa y el funcionario público con poder de policía o Agente de Control de tránsito a cargo".

11.2. A continuación, es dable efectuar algunas precisiones en materia probatoria y la acreditación del daño y del nexo de causalidad.

En primer lugar, en el artículo 1726 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (en adelante, "Cód. Civ. y Comercial" o "CCC") se estableció la definición legal de nexo de causalidad. A su vez, en el artículo 1736 del mentado cuerpo normativo, en relación a la prueba de la causalidad, se dispuso lo siguiente: "La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca".

Por su parte, en relación a la prueba del daño, en el artículo 1744 del Cód. Civ. y Comercial se estableció que quien carga con ello es quien lo alega, excepto la ley lo impute, lo presuma o que surja notorio de los propios hechos.

En cuanto a la responsabilidad endilgada a la parte actora al momento de dictar el acto cuestionado, cabe mencionar que en el artículo 1757 se reguló la responsabilidad por los hechos de las cosas y actividades riesgosas. Así, se estableció que "[t]oda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de

las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por sus naturales, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención".

Ahora bien, teniendo en cuenta lo expuesto, en principio, quien carga con la prueba de la relación de causalidad es quien la alega. En virtud de ello, en el supuesto del artículo 1757 del Cód. Civ. y Comercial, el damnificado deberá acreditar la conexión material entre el daño sufrido y la cosa o actividad riesgosa.

Sin embargo, en estos casos, existe una excepción al principio probatorio establecido en el artículo 1736 del Cód. Civ. y Comercial, dado que se establece una presunción de adecuación causal si se prueba el contacto material mencionado en el párrafo anterior. En efecto, se ha sostenido que "...nos encontramos ante una presunción de adecuación causal en la responsabilidad por los daños ocasionados por las cosas viciosas o riesgosas (arts. 1757 y 1758), pues el agente únicamente deberá acreditar el contacto material entre la cosa y el daño, y quedará a cargo del demandado demostrar que dicho hecho no fue la causa adecuada del resultado, conforme al curso normal y ordinario de los acontecimientos" (Calvo Costa, Carlos A. - Sáenz, Luis R. J., "Incidencias del Código Civil y Comercial. Obligaciones. Derecho de daños", 1° ed., Hammurabi, Ciudad de Buenos Aires, 2015, p. 153).

En esta línea de pensamiento, la mentada presunción se justificó argumentando que "...dada la frecuencia con que derivan daños de las cosas riesgosas o viciosas, cuando en un suceso perjudicial participa una de ellas, es lógico que la ley considere que su peligro o defecto ha sido la génesis del daño, aunque dejando a salvo la posibilidad del demandado de aportar una demostración contraria.

Es el dueño y el guardián, no otras personas, quienes se encuentran en mejor situación para controlar su funcionamiento, y en condiciones de averiguar cuál es la causa auténtica del daño que se oculta bajo la causa aparente vinculada con el riesgo o vicio de la cosa" (Zavala de González, Matilde, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", 1ª ed., Alveroni Ediciones, Córdoba, 2016, Tomo III, p. 745).

Además de lo mencionado hasta aquí, en las relaciones de consumo, se agrega otra cuestión a tener en cuenta en materia probatoria. En este punto, es dable recordar la regla establecida en el párrafo tercero del artículo 53 de la Ley 24.240, en la cual se establece que "[l]os proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio".

De esta manera, el legislador estableció una suerte de supuesto de las cargas dinámicas probatorias, teniendo en cuenta que se trata de una obligación de aportar toda la prueba que se encuentre en poder del proveedor y prestar la colaboración necesaria para el esclarecimiento del caso. Esta regla se condice con el precepto de quien está en mejores condiciones de probar es quien carga con dicha prueba, extendiéndose inclusive a las cuestiones relacionadas con la relación de causalidad (v. Zavala de González, Matilde, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", 1° ed., Alveroni Ediciones, Córdoba, 2016, Tomo II, p. 460).

Así se ha resuelto que "...de conformidad con lo dispuesto por el artículo 53 de la ley 24.240 (luego de su reforma por la ley 26.361), el cual coloca en cabeza de los proveedores, la carga de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, en orden a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio.

En consecuencia, no solo por encontrarse en mejores condiciones de hacerlo (por ejemplo, por ser quien tenía en su poder el libro de quejas), sino también porque —como se dijo— la legislación vigente le impone un rol activo en la aportación y producción de aquellas pruebas que se encuentre dentro de su alcance y que ayuden a esclarecer los extremos controvertidos, la accionada no podía válidamente escudarse en una mera negativa genérica de los hechos denunciados por el actor (...) prácticamente sin producir pruebas o —mínimamente— aportar aquellas constancias documentales que se encontraban en su poder" (C. Nac. Comercial, sala B, *in re* "Barrera, Jorge R. c. Coto Centro Integral de Comercialización SA s/ ordinario", del 10/03/2016, La Ley Online, Cita: AR/JUR/13494/2016).

11.3. De lo expuesto, se colige que el prestador del servicio público resulta pasible de ser responsable por los daños sufridos por las cosas como consecuencia de la prestación del mentado servicio en los términos del artículo 1757 y concordantes del Cód. Civ. y Comercial, tal como lo expuso el Ente al momento de fundar la Resolución 149/ERSP/2019.

A su vez, de los Pliegos citados, surge que el proveedor tenía a su cargo llevar registros de la actividad desarrollada a los fines de constatar la correcta ejecución de la operación del acarreo así como también del estado del vehículo removido de la vía pública detallando pormenorizadamente su condición.

Por su parte, el consumidor, al momento de formular su reclamo ante el Ente, aportó las pruebas que tenía a su alcance tales como fotografías del vehículo, presupuestos de arreglos, reclamo ante la prestadora del servicio público, factura del acarreo, denuncia ante su compañía aseguradora, entre otros (v. ps. digitales 13/28 del expediente administrativo digitalizado, parte 1). De este modo, acreditó que su vehículo fue removido de la vía pública por la grúa propiedad de BRD y depositado en una playa de estacionamiento cuya guarda se encontraba a cargo de la actora. Sumado a ello, acreditó daños en su vehículo que razonablemente pudieron haberse ocasionado como consecuencia de la operatoria del servicio público en cuestión. Ello, teniendo en cuenta que se trata de una actividad riesgosa desplegada en los términos de lo establecido en el artículo 1757 del Cód. Civ. y Comercial tal como fue encuadrado en los Pliegos.

Por lo tanto, habiéndose acreditado que el vehículo estuvo bajo la guarda del actor, era BRD quien se encontraba en mejor posición de demostrar que los daños no se habrían producido mientras estuvo bajo su custodia. En efecto, tal como fue destacado por el Ente y en concordancia con las obligaciones establecidas en los Pliegos, debía contar y aportar la filmación del acarreo y el detalle pormenorizado del estado del automóvil al ingresar a la playa de estacionamiento.

En este sentido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la LDC en materia probatoria, se sostuvo que "...en aquellas actividades en las cuales los proveedores tienen obligaciones de guardar la documentación de las operaciones que celebren por un determinado tiempo, es obvio que estarán obligados a ponerla a disposición del proceso. Lo mismo sucederá con las filmaciones de cámaras de seguridad, por ejemplo" (Chamatrópulos, Demetrio A., "Estatuto del Consumidor Comentado", 2ª ed., LA LEY, Ciudad de Buenos Aires, 2019, T. II, p. 1243).

Independientemente de la fecha en que ingresó el reclamo el consumidor ante el prestador del servicio público —sin perjuicio de que no hay un plazo legal establecido para ello más allá del previsto para la prescripción de la acción indemnizatoria—, lo cierto es que la parte actora reposó en la carga probatoria que pesaba sobre el demandado y el Sr. R. A. sin cumplir con la obligación de aportar todos los elementos probatorios que deben encontrarse en su poder a los fines de dilucidar la cuestión.

Sobre este punto, se ha sostenido que "...el art. 53 de la ley 24.240, modificado por la ley 26.361, en su tercer párrafo los obliga a los proveedores a aportar al proceso todos los elementos de prueba que obran en suponer, prestando colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida, con lo cual está inclinándose por la teoría de la carga dinámica de la prueba en el sentido de que debe acreditar quien está en mejores condiciones de probar. Sobre el particular, con el solo control de entrada y salida de vehículos que ingresan al predio del supermercado se suple la supuesta ausencia de prueba que tanto aqueja y que forma parte de sus obligaciones en resguardo del consumidor" (C. de Apel. En lo Civil y Comercial de 2° Nominación de Córdoba, *in re* "Caja de Seguros SA c. Libertad SA (Hipermercado Libertad) s/ abreviado - cobro de pesos", del 18/10/2017, RCyS 2018-VI, 162).

A su vez, en el momento en que el consumidor se presentó ante la dependencia de la parte actora a los fines de efectuar el reclamo y en virtud de las obligaciones a su cargo, esta debió haber corroborado el caso, determinado si hubo responsabilidad de su parte o no y comunicarle el resultado al denunciante cuanto antes. Por el contrario, a poco menos de un mes después de efectuada la denuncia, se realizó una revisión del vehículo cuyo resultado no fue comunicado al usuario, sin perjuicio de que su contenido fuera desconocido expresamente por la parte demandada (v. ps. digitales 97 y 148 del expediente digitalizado, respectivamente). Fue en razón a la falta de respuesta por parte del prestador del servicio público que el usuario concurrió ante el Ente a efectuar el reclamo que ya había realizado ante aquel.

Sumado a ello, BRD, a pesar de haberse presentado en el expediente administrativo, se mantuvo al margen de la discusión, omitiendo presentar su descargo, acompañar prueba y asistir a la audiencia fijada por el Ente. Por el contrario, en su recurso directo solo se limitó a cuestionar la validez del acto sin hacerse cargo de los hechos que le imputaron y motivaron la fijación de la indemnización.

Por consiguiente, el material probatorio que debía encontrarse en poder de la parte actora, hubiera sido trascendental para acreditar la verdad material que reclama en sus presentaciones, máxime cuando la responsabilidad que pesaba sobre él resultaba ser objetiva. Y esa prueba debió ser aportada en virtud tanto de su responsabilidad en los términos del artículo 1757 del Cód. Civ. y Comercial y la consiguiente inversión de la carga probatoria, como así también por imperio de la obligación de colaboración impuesta mediante el artículo 53 de la Ley 24.240. Todo ello termina sellando la suerte del recurso directo *sub examine*.

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar los planteos formulados por la parte actora sobre la cuestión.

12. Que, en otro orden de ideas, resta hacer mención a lo informado por la parte actora sobre la su-

puesta incompatibilidad para ejercer la profesión por parte de la Dra. María Dolores Insaurralde, letrada patrocinante del consumidor aquí citado.

A propósito de ello, la parte no efectuó ningún planteo en concreto, sino que se limitó a señalar sin fundamento alguno acerca de una eventual incompatibilidad en la que se encontraría comprendida la letrada del consumidor. Además, tampoco aportó prueba alguna que sostenga la mera afirmación efectuada.

Por el contrario, ante el traslado que se le efectuó a la letrada (v. Actuación N° 15843544/2020 del 28/08/2020), esta reconoció que se encontraba cumpliendo funciones como subgerente operativa del Ente de Mantenimiento Urbano Integral de la Ciudad de Buenos Aires, conforme surge de la Resolución 1926/2020 del Ministerio de Hacienda y Finanzas de la Ciudad de Buenos Aires (v. Actuaciones N° 15883485 del 02/09/2020).

De lo expuesto, surge palmariamente que el cargo que la Dra. Insaurralde desempeña no se encuentra comprendido dentro de las incompatibilidades establecidas en el artículo 3° de la Ley 23.187.

Por lo tanto, corresponde desestimar por improcedente las manifestaciones efectuadas por la parte actora sobre este punto.

13. Que, a fin de resolver la regulación requerida corresponde señalar que el régimen de aranceles estructura la regulación de honorarios, por un lado, a partir de porcentajes calculados sobre el monto del pleito y, por otro, aranceles mínimos que postula como infranqueables (arts. 15, 17, 23, 24, 26, 29 y 60 de la Ley 5134).

Ahora bien, en el caso de autos, el monto involucrado en el proceso alcanza la suma de treinta y siete mil ciento diez pesos con treinta y tres centavos ($37.110,33) —tomando como tal el que surge del monto indemnizatorio otorgado en el acto dictado por el EURSP—, mientras que el mínimo legal para la regulación de honorarios en favor de la dirección letrada interviniente, establecido para este tipo de litigios, asciende al valor de ... ($ ...) correspondientes a ... UMAS conforme el valor vigente fijado por el Consejo de la Magistratura de esta Ciudad en la Resolución de Presidencia 642/2021.

Así las cosas, corresponde señalar que el sistema previsto en la Ley 5134 consagra el principio de proporcionalidad, mediante el cual se establece que se tendrá en cuenta al regular los honorarios el monto del proceso, las etapas cumplidas, la extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada, así como su complejidad y la responsabilidad que pudiera haberse derivado para el profesional (arts. 17 y 29 de la Ley 5134).

Tales pautas, indican que la regulación no depende exclusivamente de las sumas involucradas en el litigio o de las escalas referidas, sino que debe cuantificarse a partir de un criterio que refleje una adecuada relación entre la labor desarrollada y la retribución que por ella se otorga (Fallos: 239:123; 251:516; 256:232 entre otros).

Si bien esta Sala propició en numerosos precedentes una interpretación que conciliaba las previsiones de la Ley 5134 con los derechos de las partes que aparecían comprometidos, con el objetivo de evitar que la competencia judicial para fijar honorarios quedara injustificadamente recortada y sin generar por ello un sistema que abrogue el régimen previsto en la cita norma, razones de economía procesal aconsejan adecuar el criterio del tribunal a los lineamientos fijados por el TSJCABA en los autos "Damonte, Ricardo y otro s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/ GCBA c. Gool SRL s/ ejecución fiscal", Expte. N° QTS 17665/2019-0, del 30/06/2021.

En este marco, conforme se puso de resalto precedentemente, existe en los presentes obrados una marcada desproporción entre los mínimos legales y el monto involucrado en el proceso, pauta determinante para regular la retribución por las tareas realizadas. A su turno, esa desproporción se mantiene ni bien se tome en consideración la labor desarrollada por las profesionales intervinientes, a partir valorar el motivo y complejidad de la cuestión planteada (páginas digitales 129/150 en el caso de las Dras. Puccio y Beloso y Actuación 15789729/20 del 12/08/2020 en el caso de la Dra. Insaurralde), la extensión y calidad jurídica de sus actuaciones (páginas digitales 175/178, 198/208, Actuaciones 15878047/20 del 01/09/2020, 15883485/20 del 02/09/2020 y 15938862/20 del 16/09/2020, entre otras), y la trascendencia, entidad y resultado de esas tareas en las etapas cumplidas.

Ello así, y siendo que el legislador contempló el derecho del profesional a una remuneración proporcional al trabajo realizado, así como delimitó el alcance de la obligación del condenado al pago, la aplicación de mínimos legales previstos en los arts. 17 y 60 de la Ley 5134 resulta —estos actuados— irrazonable. Por lo tanto, corresponde declarar su inaplicabilidad en lo que respecta a la regulación de los honorarios objeto de las presentes actuaciones.

En virtud de todo lo expuesto, y de conformidad con lo que se dispone en los artículos 3°, 15, 17, 20, 21, 23, 24, 26, 29, 56, 62 y concordantes de la Ley 5134, corresponde regular los honorarios de la Dra. Natalia Z. Puccio en la suma de pesos ... ($ ...); los de la Dra.

Susana M. Beloso en la suma de pesos ... ($ ...) y los de la Dra. María Dolores Insaurralde en la suma de pesos ... ($ ...), teniendo en cuenta el monto del asunto, la complejidad de la cuestión planteada, el resultado obtenido y el valor, motivo, extensión y calidad de la labor desarrollada por los mencionados profesionales (conf. arts. 15, 16, 17, 21, 29, 54, 56, 60, 62 y concordantes de la Ley 5134).

En mérito de lo expuesto y en caso de que mi voto fuese compartido, propongo al acuerdo que: a) se rechace el recurso directo interpuesto por la parte actora; b) se regulen los honorarios de la Dra. Natalia Z. Puccio en la suma de pesos ... ($ ...); los de la Dra. Susana M. Beloso en la suma de pesos ... ($ ...) y los de la Dra. María Dolores Insaurralde en la suma de pesos ... ($ ...); c) se disponga que las costas sean soportadas por la parte actora aquí vencida (conf. art. 62 CCAyT).

Así voto.

La doctora *Díaz* dijo:

1. Los antecedentes fácticos de las presentes actuaciones han quedado adecuadamente detallados en los puntos 1° a 4° del voto del doctor *Lima,* a los que me remito a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

2. De modo preliminar, por razones metodológicas, cabe efectuar algunas consideraciones sobre las cuestiones planteadas ante esta instancia.

En primer lugar, tal como surge de la Resolución 149/ERSP/2019, el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, Ente) tramitó el reclamo efectuado por el denunciante con apoyo en lo establecido en el artículo 20 de la Ley 210 y en la Resolución 637/2016.

En aquellas normas se prevé, por un lado, la facultad del Ente para resolver controversias entre los sujetos prestatarios del servicio público y los usuarios y, por el otro, el procedimiento aplicable a los reclamos iniciados por estos últimos en los casos en que sufran daños como consecuencia del uso o prestación del servicio de que se trate.

Bajo aquellas pautas, el Ente hizo lugar al reclamo del denunciante y ordenó a la empresa sumariada que le abone al nombrado la suma de treinta y siete mil ciento diez con treinta y tres centavos ($37.110,33) —monto basado en el presupuesto acompañado al momento de iniciar el reclamo en sede administrativa, el que fue actualizado por el Área de Reclamos y Sumarios a la fecha de la resolución del 23/04/2019—, en virtud de los daños que habría sufrido su vehículo con motivo del acarreo.

3. Dicho lo anterior, con respecto al agravio de la parte actora acerca de la competencia del Ente para resolver el reclamo efectuado por el denunciante (conf. art. 3°, incisos j y k, de la Ley 210), comparto —en lo sustancial— lo expuesto por mi colega en los considerandos 7°, 9°.2 y 9°.3, por los argumentos que en sentido análogo desarrollé, como integrante de la sala I del fuero, en los autos "Mantelectric ICISA c. Ente Unico Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Bs. As. s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", Expte. N° 2069/0, sentencia del 28/02/2013 y "Island International School SRL c. GCBA s/ otras demandas contra la aut. administrativa", Expte. N° 30273/0, sentencia del 15/07/2016; a los que, en lo pertinente, me remito y tengo aquí por reproducidos.

4. Por otro lado, adhiero con lo dicho por el doctor *Lima* en los puntos 10 y 12 de su voto.

5. A esta altura, es turno de analizar el cuestionamiento del recurrente relativo a que la autoridad de aplicación habría decidido el reclamo en juego en virtud de las manifestaciones exclusivas del denunciante.

Para comenzar, el Ente, según se desprende de la resolución atacada, ponderó, al momento de resolver, los dichos del denunciante, la documentación por aquel aportada así como que la sumariada no hizo uso del derecho de presentar su descargo y —por tanto— no logró demostrar el estado del vehículo al momento del acarreo. Sobre lo señalado en último término, se añadió que la sumariada "...para eximirse de responsabilidad tiene la carga de probar el estado en que encuentra el vehículo al momento de ingresar en su ámbito de custodia, cargo que se torna ineludible desde el momento que acepta ser el custodio y depositario del bien locomotor removido hasta su recuperación por el legítimo propietario o tenedor" (conf. p. 92 del expediente digitalizado agregado a la actuación N° ..., del 06/08/2020, al que haré referencia en lo sucesivo). En concreto, se indicó que la empresa "...debería haber realizado un protocolo de verificación del estado del vehículo previo al inicio del acto de acareo, mediante la filmación del mismo o mediante la realización de tomas fotográficas..." (conf. p. 92 del expediente digitalizado).

Al respecto, adelanto que los genéricos planteos introducidos por la parte actora no logran desacreditar lo decidido por el Ente en la resolución impugnada.

Nótese que el denunciante acompañó junto con su reclamo la documentación exigida a fin de acreditar sus dichos. En particular, aportó la constancia de infracción y de retiro del vehículo de la playa de estacionamiento de la sumariada, la queja efectuada ante

la empresa con resultado infructuoso, fotografías que daban cuenta del estado del automóvil y un presupuesto estimado de su reparación (v. ps. 13/27 del primer archivo del expediente administrativo agregado a la actuación N° 15659226/2020).

En otro orden, le bastaba a la sumariada para deslindar su responsabilidad en el caso de autos —en línea con sus manifestaciones de que no está probado que los daños del rodado se habrían producido bajo el período que tuvo la custodia del bien—, tal como quedó dicho en el voto de mi colega, acompañar la filmación del acarreo o simplemente el inventario detallado del estado en que el automóvil ingreso a la playa; extremos que, de conformidad con el Pliego de Bases y Condiciones, debe cumplir al momento de remover un vehículo de la vía pública.

Aquellas probanzas hubiesen resultado determinantes para darle entidad a su planteo y, no obstante, no mereció —ni en sede administrativa ni en el marco del presente recurso directo de apelación— actividad probatoria alguna.

En suma, el Ente consideró acreditada la mecánica del hecho descripta por el denunciante en su reclamo en base a indicios certeros que le permitieron verificar, frente al silencio guardado por el sumario en aquella instancia, que los daños ocasionado en el vehículo del usuario fueron producidos durante el acarreo efectuado por la prestaría del servicio público en juego.

Sumado a lo anterior, vale señalar que el monto del perjuicio fijado por el Ente no fue objeto de crítica por parte del recurrente.

En consecuencia, de conformidad con la solución dada por el doctor *Lima*, toda vez que el recurrente no acompañó ninguna constancia que permita desvirtuar lo decidido en la resolución atacada, el presente planteo será desestimado.

6. Las costas del proceso, en atención al principio objetivo de la derrota, serán impuestas a la parte actora vencida (conf. art. 62 del CCAyT).

7. Por último, coincido con la regulación de honorarios propuesta por el doctor *Lima* en el considerando 13 de su voto.

En consecuencia, corresponde: a) rechazar el recurso directo interpuesto por la parte actora, con costas (conf. art. 62 del CCAyT); y, b) regular los honorarios por la actuación ante esta instancia según lo indicado en el considerando 13 del voto del doctor *Lima*.

En mérito a la votación que antecede y oída la Sra. fiscal ante la Cámara, el Tribunal resuelve: 1) Rechazar el recurso directo interpuesto por la parte actora. 2) Regular los honorarios de la Dra. Natalia Z. Puccio en la suma de pesos ... ($ ...); los de la Dra. Susana M. Beloso en la suma de pesos ... ($ ...) y los de la Dra. María Dolores Insaurralde en la suma de pesos ... ($ ...). 3) Disponer que las costas sean soportadas por la parte actora aquí vencida (conf. art. 62 CCAyT). Se deja constancia de que la vocalía N° 5 se encuentra vacante. Registro cumplido —conf. art. 11 Res. CM 42/2017, Anexo I (reemplazado por Res. CM 19/2019)—. Notifíquese por secretaría a las partes y al Ministerio Público Fiscal y de forma electrónica. Oportunamente, archívese. — *Fernando E. J. Lima*. — *Mariana Díaz.*

COMPETENCIA

Uso indebido de la imagen. Utilización de la red internet.

> Cuando se halla involucrada la utilización de la red "internet" y se persigue tanto el cese de la infracción cometida y los daños y perjuicios correspondientes es competente la justicia federal por tratarse de actividades que se llevarían a cabo por ese medio de interrelación global, que permite acciones de naturaleza extra local.

CNCiv., sala A, 12/08/2021. - Osso, Yanina Virna c. Google Argentina SRL y otro s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/120056/2021]

COSTAS

Se imponen a la actora vencida.

Expte. n° CIV 060070/2014

Buenos Aires, 12 de agosto de 2021.

Considerando:

I.- Llegan estos autos con motivo del recurso de apelación interpuesto contra la resolución del 27 de mayo de 2021, en tanto rechaza la excepción de incompetencia articulada.

II.- En primer lugar, cabe recordar que la determinación de la competencia comprende, principalmente, el análisis preliminar del contenido y naturaleza de la pretensión deducida, apreciado en forma objetiva, haciendo mérito de la naturaleza de la relación jurídica sustancial esgrimida, y sobre la base de los hechos expuestos en la demanda (conf. CNCiv., esta Sala, R. 132.683 del 20/9/93; íd., íd., R. 156.861 del 21/11/94;

íd., íd., R. 592.517 del 29/12/11; íd., íd., R. 601.490 del 7/6/12, entre otros). Ello, claro está, siempre que la relación invocada o la apreciación de los hechos no sea arbitraria, o esté en pugna con los elementos obrantes en autos.

En similares términos se ha dicho que, a los fines de la adjudicación de la competencia, es preciso estar a los términos de la pretensión deducida en la demanda, tanto en lo que hace a la esencia jurídica del acto, como de los sujetos comprometidos, prescindiendo de la viabilidad de la solicitud propuesta, y aún del tipo de proceso elegido en la formulación de la pretensión (conf. Palacio, Lino Enrique "Derecho Procesal Civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, T° II, ps. 367 y ss.; CNCiv., esta Sala, R. 13.963 del 24/10/89; íd., íd., R. 594.072 del 14/3/12; íd., íd., 604.893 del 10/9/12, entre otros).

En el sub examine, según lo expresado en la demanda, se promueve una acción de daños y perjuicios en virtud del uso ilegítimo de su imagen y afectación de su honor e intimidad. Asimismo, se solicita se condene a los demandados "...al cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado de mi imagen y nombre, como así también se proceda a la eliminación de mi imagen y nombre de los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico denunciados y/o a la supresión de las vinculaciones de mi nombre, imagen y fotografías de tales sitios y actividades a través de los buscadores de internet www.google.com.ar" .

Ahora bien, en casos sustancialmente análogos, donde se hallaba involucrada la utilización de la red "internet" y se perseguía tanto el cese de la infracción cometida y los daños y perjuicios correspondientes, esta Sala adoptó un criterio en lo relativo a la competencia de la Justicia Federal, por tratarse de actividades que se llevarían a cabo por ese medio de interrelación global, que permite acciones de naturaleza extra local (conf. CSJN, "Rondinone, Romina Inés c/ Yahoo Argentina S.A. y otros s/ medidas precautorias" del 27/2/07; dictamen de la Sra. Procuradora subrogante del 12/10/06; CNCiv, Tribunal de Superintendencia, "Fundación Arcangel San Miguel c/ Google Argentina y otro s/ amparo s/ competencia", 3/6/09; CNCiv., esta Sala, R. 563.447 del 16/12/10; íd., íd., R. 586.224 del 28/9/11; íd., íd., R. 613.909 del 21/2/12; íd., íd., R. 618.513 del 11/4/13; íd., íd., R. 006645/2016/CA001 del 29/8/16).

Tal criterio fue incluso mantenido por la Corte Suprema con fundamento en lo dispuesto por el art. 36, inciso b) de la ley 25.326 (v. "Sánchez, Lorena Susana c/ Google Inc. s/ medidas cautelares", del 15/10/13; "Sabores Argentinos S.A. c/ Google Inc. s/ medidas cautelares", del 15/10/13; "Ahumada, Carlos Agustín c/ Google Inc. s/ medidas precautorias", del 27/8/13; "Vecchi, Amado A. c. Google Inc. s/ medida autosatisfactiva", del 7/2/17; "Brusco, José Ernesto c. Facebook Argentina S.R.L. y otros s/ medida autosatisfactiva", del 13/6/17).

El hecho que la actora haya mencionado que se encuentra en juego el derecho a la imagen, al honor y a la intimidad no obsta a la solución a la que se arriba, puesto que esa circunstancia no empece a que resulta decisivo para determinar la competencia federal que la infracción invocada en la demanda involucra el uso de la red "internet".

En consecuencia, las quejas formuladas habrán de ser receptadas.

En mérito de lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Cámara, *Resuelve:* Revocar la decisión del 27 de mayo de 2021, admitiendo la excepción de incompetencia articulada y ordenando la remisión del expediente a la Justicia Civil y Comercial Federal. Con costas de ambas instancias a cargo de la actora vencida (arts. 279; 69, párrafo primero, y 68, párrafo primero, del Código Procesal).

Notifíquese al Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal de Cámara y a los interesados en los términos de las Acordadas 38/13, 31/11 y concordantes. Publíquese en el Centro de Comunicación Pública de la C.S.J.N. (conf. Acordadas 15 y 24/2013 –del 14 y 21 de agosto de 2013, respectivamente-) y oportunamente devuélvanse, haciéndose saber que en primera instancia deberá notificarse la recepción de las actuaciones y el presente fallo a los restantes involucrados si los hubiere, en forma conjunta.

La vocalía n° 2 no interviene por hallarse vacante. — *Sebastián Picasso. — Ricardo Li Rosi.*

CADUCIDAD DE INSTANCIA

Proceso de daños en estado avanzado. Actos impulsorios. Pago de la tasa de justicia. Digitalización del dictamen del Fisco. Revocación de sentencia que declara la perención.

1. — Considerando el carácter interruptivo que tuvieron ciertos actos realizados por la parte actora y luego por el propio juzgado, aun cuando por regla los actos procesales vinculados al pago de la tasa de justicia no puedan considerarse como impulsorios, esa premisa debe ceder cuando —como ocurrió en el presente caso— el avance del juicio queda en definitiva supeditado a su efectivo cumplimiento.

2. — El último acto impulsorio del proceso es aquel en que el juzgado digitalizó el dictamen del Fisco a instancia del pedido de la parte actora. Por lo que se concluye que, desde entonces y hasta la fecha del acuse de caducidad, no se cumplió el plazo de caducidad de seis meses previsto en el art. 310, inc. 1 del Cód. Proc. Civ. y Com.

3. — La suspensión de los términos con relación a la caducidad de la instancia dispuesta por el máximo tribunal estaba relacionada con el cómputo de los plazos para el instituto y no con los efectos de los actos procesales efectivamente cumplidos, lo que en reiteradas ocasiones fue puesto de resalto a través del dictado de las distintas acordadas y resoluciones de superintendencia que daban cuenta de la validez de los actos procesales cumplidos.

CNCiv., sala J, 05/05/2021. - Mingrino, Mariana Laura y otros c. Valle Las Leñas SA s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/19652/2021]

COSTAS

En el orden causado.

61705/2011

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 5 de 2021.

Considerando:

La parte actora interpuso el día 11 de marzo de 2021 recurso de apelación contra la decisión dictada el 8 de marzo mediante la cual el juez de primera instancia decretó la caducidad de la instancia pedida por el demandado el 17 de febrero de 2021. El memorial de agravios fue presentado el 18 de marzo de 2021 y contestado por la demandada el 31 de marzo de 2021.

Para resolver en la forma que lo hizo, el sentenciante consideró que el último acto impulsorio en el proceso fue el proveído de fecha 10 de febrero de 2020 en el que se hacía saber a la actora lo dictaminado por el Sr. Representante del Fisco en cuanto a la tasa de justicia que debía tributar la actora. Negó en cambio que revistieran tal carácter las presentaciones que hizo esta última parte en fecha 9 de febrero de 2021 (aquí y aquí) y que mereció el auto de 11 de febrero de 2021, por cuanto habían tenido lugar antes de que el demandado consintiera lo actuado por aquella al plantear la caducidad. Por último sostuvo que si bien ante la petición de la actora por correo electrónico, el juzgado digitalizó los dictámenes del Fisco de fecha 30 de agosto de 2019 y del 27 de enero de 2021, lo hizo el 4 de agosto de 2020 (ver documentos digitales) ello tuvo lugar cuando los plazos procesales se encontraban suspendidos por imperio de la feria extraordinaria decretada por las acordadas 4/20 y subsiguientes de la CSJN que se prolongó hasta el 13 de agosto de 2021. Pero, además, destacó que la actora no dio cabal cumplimiento ya que abonó un importe menor al que correspondía, no dando así impulso al proceso con miras al dictado de la sentencia definitiva.

En su memorial la actora cuestiona que el juez no le haya otorgado carácter impulsorio a la digitalización que efectuó el juzgado en fecha 4 de agosto de 2020 atendiendo a su pedido y sin el cual era imposible cumplir con lo que le era requerido. Que igual carácter debe asignársele a sus presentaciones del 9 de febrero de este año con las que acredita no solo su intención de sacar los autos de paralizado, sino además el haber abonado la tasa.

Ahora bien, llegados a este punto, debe decirse que la decisión de decretar la caducidad en estas actuaciones soslaya varias cuestiones que serán puestas de manifiesto. En principio, el estado avanzado del proceso exigía cuanto menos una mirada más restrictiva de la cuestión. Es que en el caso se había producido toda la prueba y tras el desistimiento de la última pendiente (oficio al Hospital de Mendoza) las actuaciones se encontraban en condiciones de pasar a la siguiente etapa (clausura y puesta de autos para alegar) tal como lo reclamó la actora en su escrito de fecha 11 de abril de 2019. No obstante ello, el juzgado por auto del mismo día 11 de abril de 2019 insistió con el temperamento que ya había anunciado el 7 de diciembre de 2017, supeditando su dictado al pago de la tasa de justicia. Soslayó en este sentido lo dispuesto en la parte final del art. 11 de la ley 23.898 que al regular el procedimiento a seguir frente al incumplimiento del pago de la tasa dispone que en ningún caso las contingencias vinculadas al ingreso de este tributo impedirán la prosecución del trámite normal del juicio.

Más allá de eso, la actora hizo un pago (ver auto del 22 de agosto de 2019) y pidió la clausura del período de prueba, de lo cual se dio vista al Fisco quien señaló que estaba incompleto, pues faltaba computar los intereses (ver dictamen del 30 de agosto de 2019 en documentos digitales). La actora luego habría integrado el pago (en presentación que no se encuentra digitalizada) de lo que se dio nueva vista el 21 de noviembre de 2019.

Este último dictamen del 27 de enero de 2020 no fue digitalizado en su momento. No obstante, al recibir las actuaciones el juzgado proveyó “hágase saber el dictamen” el 10 de febrero de 2020. Luego, como se sabe, a partir del 16 de marzo de 2020 se decretó la fe-

ria extraordinaria que se extendió hasta el 4 de agosto y 12 de agosto de 2021.

La siguiente actuación que le sigue a ese auto es la del 4 de agosto de 2020 cuando el juzgado digitaliza ese dictamen a raíz del pedido de la actora por correo electrónico. Siendo así, parece claro que no puede negarse el carácter interruptivo que tuvieron esos actos realizados por la parte y luego por el propio Juzgado. Es que aun cuando por regla los actos procesales vinculados al pago de este tributo no puedan considerarse como impulsorios, esa premisa debe ceder cuando —como ocurrió en el presente caso— el avance del juicio queda en definitiva supeditado a su efectivo cumplimiento.

Dicho eso, es irrelevante que esas actuaciones hayan tenido lugar durante la vigencia de la feria judicial extraordinaria. La suspensión de los términos con relación a la caducidad de la instancia dispuesta por el máximo tribunal estaba relacionada con el cómputo de los plazos para el instituto y no con los efectos de los actos procesales efectivamente cumplidos, lo que en reiteradas ocasiones fue puesto de resalto a través del dictado de las distintas acordadas y resoluciones de superintendencia que daban cuenta de la validez de los actos procesales cumplidos.

En consecuencia, el último acto impulsorio del proceso es aquel del 4 de agosto de 2020 en que el juzgado digitalizó el dictamen del Fisco a instancia del pedido de la parte actora. Por lo que se concluye que desde entonces, y hasta la fecha del acuse de caducidad 17 de febrero de 2021, no se cumplió el plazo de caducidad de seis meses previsto en el artículo 310 inciso 1°.

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas en ambas instancias el orden causado, por cuanto de acuerdo a las constancias del expediente, el incidentista pudo razonablemente haberse creído con derecho a formular el acuse (arts. 68, segundo párrafo, 69 y 279 del Cód. Procesal).

Por todo lo expuesto, se resuelve: revocar la decisión del 8 de marzo de 2021, con costas de ambas instancias en el orden causado. El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y el pronunciamiento se suscribe electrónicamente de conformidad con lo dispuesto por los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La vocalía número 27 se encuentra vacante. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se hace constar que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 164, 2° párrafo del Código Procesal y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las acordadas 15/13 y 24/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. — *Paola M. Guisado. — Juan P. Rodríguez.*

COSTAS EN EL BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS

Ponderación de la conducta asumida por la demandada durante la tramitación del incidente. Imposición de costas en el orden causado.

1. — El beneficio de litigar sin gastos es la franquicia que se le concede a ciertos justiciables para permitirles actuar sin la obligación de afrontar total o parcialmente las erogaciones incluidas en concepto de costas. Sin embargo, en el análisis de las constancias que surgen de las actuaciones, no puede dejar de analizarse la conducta que ha asumido la parte demandada durante la tramitación del incidente, dado que ello será determinante para establecer la viabilidad o no de una excepción al principio objetivo de la derrota.

2. — Solo cabe imponer costas al contrario si se ha opuesto decididamente al pedido de declaración de pobreza y resulta perdidoso en ello y no cuando, sin oponerse, se limita a adoptar una actitud vigilante. Ello permite sostener que, de conformidad con el temperamento adoptado por sentencia de grado, en el caso se configuran las circunstancias de excepción para apartarse del principio general en materia de costas, por lo que cabe confirmar la resolución apelada.

CNCiv., sala B, 07/07/2021. - Sena, Estefanía s/ beneficio de litigar sin gastos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/103628/2021]

Expte. n° CIV 022119/2018/1/CA001

Buenos Aires, 7 de julio de 2021.

Considerando:

I.- Contra la resolución de fecha 01/10/2020 (f. digital 60), interpuso recurso de apelación la parte actora. El memorial de fecha 28/10/2020 luce agregado a f. digital 65. El traslado conferido con fecha 30/10/2020 (f. digital 66) no fue contestado.

II.- Conforme se desprende de estas actuaciones, la Sra. Magistrada de grado concedió´ con fecha 01/10/2020 (f. digital 60) el beneficio de litigar sin

gastos peticionado por la accionante, disponiendo la distribución de las costas en el orden causado en razón de la inexistencia de controversia en el trámite del presente incidente.

Esta decisión agravia a la apelante quien sostiene que más allá de que en la tramitación no haya mediado actividad procesal de la contraparte, debe valorarse que la actora se vio en la necesidad de promover el beneficio a fin de acceder al servicio de justicia. Agrega que la contraria forzó el litigio de marras, al no haber propuesto maneras alternativas a la resolución del conflicto. Solicita que se revoque la resolución impugnada y se impongan las costas a la contraria en su calidad de vencida.

III.- Sentado ello, se ha sostenido que las costas son los gastos que las partes se ven obligadas a efectuar como consecuencia directa de la sustanciación del proceso. Su imposición no reviste carácter de sanción, sino que procura evitar que las erogaciones que la parte vencedora debió realizar para obtener el reconocimiento de su derecho se traduzcan en una disminución del mismo. (Conf. esta Sala, R. 113.398, "Sociedad Militar de Seguro de Vida c/ Reymundo, J.C. s/ ejecutivo", del 21/10/92, L.L. 1993-C-439).

En esta materia nuestro ordenamiento procesal adhiere al principio general de la imposición por el hecho objetivo de la derrota, con prescindencia de la buena o mala fe con que la parte vencida haya podido actuar durante la sustanciación del pleito. Ello es así, pues quien promueve la demanda lo hace por su cuenta y riesgo, de modo que es natural que afronte el menoscabo que al vencedor le produjo su participación en el litigio.

Sostiene Chiovenda ("Instituciones", pág. 332/335, citado por Fenochietto - Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - Comentado y Concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires", t. 1, pág. 258) que "la justificación de esta institución está en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte en cuyo favor tiene lugar", naciendo su imposición del deber del juez de condenar al derrotado. Por lo tanto, el vencido debe cargar con todos los gastos que hubo de realizar el vencedor.

Este principio sustentado precedentemente solo puede ser dejado de lado cuando el juez, basado en el prudente arbitrio judicial, considera que la cuestión puede encuadrarse en alguno de los supuestos de excepción, encontrando merito para ello.

Ahora bien, sabido es que el beneficio de litigar sin gastos es la franquicia que se le concede a ciertos justiciables para permitirles actuar sin la obligación de afrontar total o parcialmente las erogaciones incluidas en concepto de costas. Sin embargo, en el análisis de las constancias que surgen de las actuaciones, no puede dejar de analizarse la conducta que ha asumido la parte demandada durante la tramitación del incidente, dado que ello será´ determinarte para establecer la viabilidad o no de una excepción al principio objetivo de la derrota.

En este sentido se ha sostenido que solo cabe imponer costas al contrario si se ha opuesto decididamente al pedido de declaración de pobreza y resulta perdidoso en ello y no cuando, sin oponerse, se limita a adoptar una actitud vigilante (conf. Díaz Solimine, "Beneficio de litigar sin gastos", ed. Astrea, 2003, pág. 163; CNCiv. esta Sala en autos "Suarez, Emilio Matías c/ Taddeo, Haroldo Horacio y otros s/ beneficio de litigar sin gastos", de fecha 07/10/2016)

Ello permite sostener que, de conformidad con el temperamento adoptado por la Sra. Magistrada de grado, en el caso se configuran las circunstancias de excepción para apartarse del principio general en materia de costas, por lo que cabe confirmar la resolución apelada.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, el Tribunal *Resuelve:* Confirmar la resolución de fecha 01/10/2020 (f. digital 60). Costas de ambas instancias en el orden causado (arts. 68 y 69 del Código Procesal). Regístrese, protocolícese, notifíquese y devuélvase. — *Claudio Ramos Feijoo. — Roberto Parrilli. — Lorena F. Maggio.*

SEGUROS

Comentarios Jurisprudenciales

CONTRATO DE SEGURO. LÍMITE DE COBERTURA

Daños sufridos por alumnos en un establecimiento educativo. Naturaleza contractual de la obligación de la aseguradora. Análisis del interés superior del niño.

Con nota de María Fabiana Compiani

1. — Los establecimientos educativos no se encuentran exceptuados de contratar un seguro de responsabilidad civil obligatorio —ni son ajenos a ello— con la determinación de un límite de cobertura mínimo; y, tampoco, las aseguradoras de responder en ese marco.

2. — La circunstancia de que el seguro de responsabilidad civil obligatorio para los establecimientos educativos (art. 1117, Cód. Civil derogado, aplicable en el caso) no haya sido específicamente reglamentado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, con la determinación de un límite de cobertura mínimo, no puede colocar a la aseguradora en la posición de tener que asumir un monto mayor que el asegurado de acuerdo con la prima convenida contractualmente con la institución educativa, máxime cuando se trata de una actividad regulada —en los elementos técnicos, económicos y contractuales— que está sujeta al contralor y aprobación de la Superintendencia.

3. — La educación de gestión privada es una actividad que está sujeta a la autorización, reconocimiento y supervisión de las autoridades educativas jurisdiccionales correspondientes (ley 26.206, arts. 13 y 62), por lo tanto no se puede concluir que el seguro de responsabilidad civil con el límite de cobertura contratado en su carácter de establecimiento educativo —seguro invocado para citar en garantía a su aseguradora y en el que se fundó la extensión de la condena— haya sido, en cuanto a sus condiciones generales y particulares, contrario a las leyes o reglamentaciones vigentes al momento de la contratación, o a las medidas dispuestas por las autoridades para el cumplimiento de la obligación establecida en el art. 1117, Cód. Civil derogado.

4. — No obstante la magnitud del daño ocasionado a los alumnos del establecimiento educativo demandado, no es posible considerar que la condena a la aseguradora más allá de la póliza contratada esté sustentada en el interés superior del niño, pues una aplicación de tal principio como fuente directa de integración de nuevas prestaciones patrimoniales al contrato de seguro celebrado por terceros implicaría, por un lado, desbordar la finalidad a la que alude el art. 3º, Convención de los Derechos del Niño, y, por el otro, desnaturalizar la razonable previsibilidad que constituye el eje del funcionamiento del contrato, instrumento fundamental mediante el cual las partes programan su futuro, administran sus recursos, ordenan sus preferencias y controlan sus riesgos.

5. — La función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse todos los daños producidos al tercero damnificado sin consideración de las pautas del contrato que se invoca.

6. — 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 y, por tanto, no puede ser el objeto de una obligación civil, pues la obligación del asegurador de reparar el daño tiene naturaleza meramente contractual; y si su finalidad es indemnizar al asegurado de los perjuicios sufridos por la producción del riesgo asegurado, su origen no es el daño sino el contrato de seguro.

7. — Sin perjuicio de que el acceso a una reparación integral de los daños padecidos por las víctimas constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 957, 959 y 1021, Cód. Civ. y Com.), pues los damnificados revisten la condición de terceros frente a aquellos que no participaron de su realización, por lo que, si pretenden invocarlo, deben circunscribirse a sus términos (art. 1022, Cód. Civ. y Com.) (de la doctrina sentada en "Flores", Fallos: 340:765, TR LA LEY AR/JUR/28172/2017).

CS, 12/08/2021. - Gómez Rocca, Javier Hernán y otros c. Creatore, Víctor Juan y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c. les. o muerte).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/120428/2021]

CIV 063965/2005/1/RH001

Buenos Aires, agosto 12 de 2021

Considerando:

Que los agravios de la recurrente remiten al examen de cuestiones sustancialmente análogas a las examinadas por el Tribunal en la causa "Flores" (Fallos:

340:765), cuyas consideraciones se dan por reproducidas en razón de brevedad.

Asimismo, cabe recordar que el Tribunal tiene dicho que la función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse todos los daños producidos al tercero damnificado sin consideración de las pautas del contrato que se invoca (causa "Buffoni", Fallos: 337:329).

En efecto, la obligación del asegurador de reparar el daño tiene naturaleza meramente "contractual", y si su finalidad es indemnizar al asegurado de los perjuicios sufridos por la producción del riesgo asegurado, su origen no es el daño sino el contrato de seguro. De tal manera, la pretensión 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 y, por tanto, no puede ser el objeto de una obligación civil.

En autos no se advierten razones que conduzcan a dejar de aplicar –en lo pertinente- los criterios sostenidos en las sentencias antes señaladas, en tanto los establecimientos educativos no se encuentran exceptuados ni ajenos a contratar un seguro de responsabilidad civil obligatorio con la determinación de un límite de cobertura mínimo; y a su vez, las aseguradoras a responder en ese marco.

La circunstancia de que el seguro de responsabilidad civil obligatorio para los establecimientos educativos (art. 1117 del Código Civil derogado, aplicable en el caso) no haya sido específicamente reglamentado por la Superintendencia de Seguros de la Nación con la determinación de un límite de cobertura mínimo, no puede colocar a la aseguradora en la posición de tener que asumir un monto mayor que el asegurado de acuerdo con la prima convenida contractualmente con la institución educativa, máxime cuando se trata de una actividad regulada –en los elementos técnicos, económicos y contractuales- que está sujeta al contralor y aprobación de la Superintendencia (causa "Flores", primer voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, considerando 12, y voto del juez Rosenkrantz, considerandos 7° y 9°).

Además de las mencionadas funciones de contralor de la Superintendencia de Seguros de la Nación, la educación de gestión privada es una actividad que está sujeta a la autorización, reconocimiento y supervisión de las autoridades educativas jurisdiccionales correspondientes (ley 26.206, arts. 13 y 62). Por lo tanto, no se puede concluir que el seguro de responsabilidad civil con el límite de cobertura contratado en 2004 por el Instituto Sudamericano Modelo S.A. en su carácter de establecimiento educativo –seguro que fue invocado para citar en garantía a su aseguradora y en el que se fundó la extensión de la condena- haya sido, en cuanto a sus condiciones generales y particulares, contrario a las leyes o reglamentaciones vigentes al momento de la contratación, o a las medidas dispuestas por las autoridades para el cumplimiento de la obligación establecida en el art. 1117 del Código Civil derogado (ver penúltimo párrafo, última parte, de la norma).

Por último, no obstante la magnitud del daño ocasionado a los alumnos del establecimiento educativo demandado, no es posible considerar que la condena a la aseguradora más allá de la póliza contratada esté sustentada en el interés superior del niño, pues una aplicación de tal principio como fuente directa de integración de nuevas prestaciones patrimoniales al contrato de seguro celebrado por terceros, implicaría por un lado, desbordar la finalidad a la que alude el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño (Fallos: 328:2870), y por el otro, desnaturalizar la razonable previsibilidad que constituye el eje del funcionamiento del contrato, instrumento fundamental mediante el cual las partes programan su futuro, administran sus recursos, ordenan sus preferencias y controlan sus riesgos.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, con el alcance indicado, se declara procedente la queja, admisibles los recursos extraordinarios y se revoca la decisión apelada. En consecuencia, se admite que el límite de cobertura previsto en el contrato de seguro es oponible al tercero damnificado y que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación (conf. art. 16, segunda parte, ley 48). Con costas. Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito. Notifíquese y devuélvase. — *Carlos F. Rosenkrantz. — Elena I. Highton de Nolasco. — Ricardo L. Lorenzetti. — Juan Carlos Maqueda* (en disidencia). — *Horacio Rosatti* (en disidencia).

Disidencia de los doctores *Maqueda* y *Rosatti*

Considerando:

Que los recursos extraordinarios, cuyas denegaciones originan la presente queja, son inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima esta presentación directa y se da por perdido el depósito. Notifíquese y, previa devolución de las actuaciones principales, archívese. — *Juan Carlos Maqueda. — Horacio Rosatti.*

La obligación legal del titular de un establecimiento educativo de contratar un seguro de responsabilidad civil

A propósito del pronunciamiento de la Corte sobre su límite de cobertura

María Fabiana Compiani (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El seguro obligatorio: la protección del tercero damnificado.— III. La resolución de la autoridad asegurativa que regula en general la cobertura del seguro de responsabilidad civil.— IV. El límite de la suma asegurada frente al desfase que produce la inflación. Los intereses como mecanismo indirecto de ajuste. Su insuficiencia.— V. El pronunciamiento de la Corte ratificando la aplicación del límite de cobertura vigente al momento del hecho en el seguro obligatorio de establecimientos educativos.— VI. Colofón.

I. Introducción

Hace casi veinticinco años se instauró en Argentina la obligación de contratar el seguro de responsabilidad civil para los titulares de establecimientos educativos, al compás del aumento de las reclamaciones de daños causados y sufridos por los alumnos en el ámbito educativo, y la necesidad de revisar el factor de atribución aplicable y los legitimados pasivos **(1)**.

En el año 1997, la ley 24.830 modificó el art. 1117 del Código Civil de Vélez Sarsfield, en vigencia desde 1871, para introducir un nuevo seguro obligatorio en el régimen de la responsabilidad civil, a la par que se modificaba tanto el factor de atribución aplicable (a partir de ese momento de carácter objetivo), como el sujeto responsable

(*) Abogada (UMSA). Profesora adjunta regular por concurso de la asignatura Obligaciones Civiles y Comerciales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Profesora de Posgrado en Derecho de Daños, en el de Salud, en la Maestría en Magistratura y en el Intensivo en Derecho de Seguros (UBA). Profesora adjunta del Posgrado en Derecho de Daños y en la Maestría en Derecho Privado (UCA). Profesora en la Diplomatura de Derecho de Seguros (UCES). Presidente de la Asociación Argentina de Derecho del Seguro, rama nacional de AIDA. Vicepresidente 2º de la Asociación Dirigentes de Empresa.

(1) SÁNCHEZ CALERO, Fernando, "Seguro de Responsabilidad Civil", en SÁNCHEZ CALERO, Fernando (Dir.), Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la ley 50/1980 de 8 de octubre y a sus modificaciones, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2010, 4ª ed., p. 1597: "...El seguro de responsabilidad civil ha favorecido también la extensión de la objetivación de la responsabilidad civil y viceversa... La difusión de seguros obligatorios incide de forma directa no solo en el incremento de los supuestos de responsabilidad, sino también en su estructura".

(antes los directores de escuela, a partir de ella, sus propietarios) y el riesgo cubierto (tanto los daños causados como los sufridos por los alumnos) **(2)**.

Los debates posteriores justificaron su reforma en oportunidad del dictado del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigor el 1 de agosto de 2015, recogiendo las dudas interpretativas que había generado aquella norma.

Las diferencias que surgen con relación a la norma anterior son las siguientes: a) modifica el término propietario por el de "titular", b) elimina la aclaración de que la norma abarca a ambos tipos de gestión educativa (privados o estatales); c) agrega al ámbito de aplicación de la norma la circunstancia de que "debieran hallarse" bajo el control de la autoridad educativa; d) establece la nueva norma expresamente que el factor de atribución es objetivo, reafirmando como única causal de exoneración al caso fortuito; e) reafirma que se debe contratar un seguro de responsabilidad civil, f) se atribuye el deber de fijar su contenido a la "autoridad en materia aseguradora".

Sin embargo, en ninguna de las dos oportunidades en que el legislador consagro, primero, y mantuvo, después, el seguro de responsabilidad civil obligatorio, lo dotaron de un régimen propio que estableciera su contenido mínimo. En cambio, difirió la cuestión a las autoridades jurisdiccionales, primero (la autoridad educativa de cada una de las 23 provincias argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires); y, con posterioridad, a la autoridad en materia aseguradora, esta es, la Superintendencia de Seguros de la Nación, quien hasta la fecha tampoco ha emitido una resolución que lo dotara de un contenido propio.

Por tanto, el seguro de responsabilidad civil para establecimientos educativos se encuentra alcanzado por la res. gral. 37.849 del Seguro de Responsabilidad Civil del 2013 (y su modificatoria, res. gral. E-65/2018) que establece las Condiciones de Cobertura Específicas para el Seguro de Responsabilidad Civil, pero carece de un régimen verdaderamente tuitivo para las víctimas de daños causados o sufridos por los alumnos, encontrándose regido, además del contrato, por la ley 17.418 de contrato de seguro, que tampoco presenta un capítulo propio de seguros obligatorios.

Lo expuesto permite concluir que solo se ha consagrado una obligación más de aseguramiento, carente de los atributos que ordinariamente acompañan al seguro obligatorio (acción directa, sistema de pronto pago, prohibición de franquicias, reducidas exclusiones y fondo de garantía).

II. El seguro obligatorio: la protección del tercero damnificado

La tendencia universal exhibe el incremento de la implantación de seguros obligatorios contra la responsabilidad civil en aquellas actividades especialmente peligrosas o supuestos de mayor incidencia en la producción de daños **(3)**.

Esa tendencia hacia la obligación de contratar seguros también se verifica con relación a otras coberturas o tipos de seguros (seguros de caución, seguros de accidentes, de vida, etc.).

De esta manera, se posibilita que determinadas actividades potencialmente peligrosas o en la que los eventuales daños alcanzan una importante dimensión cuantitativa o cualitativa, frente a los que se origina una acusada sensibilidad social; y para los que el principio *pro damnato* tiende a superar los límites de la responsabilidad civil tradicional encuentren una garantía de indemnidad para el asegurado y, primordialmente, la percepción de la indemnización por las víctimas.

La protección de las víctimas, en el caso de los establecimientos educativos, se convierte en la finalidad y justificación directa de la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil, aunque no del seguro contra la responsabilidad civil en sí mismo, porque el fin de este es la protección del patrimonio del asegurado **(4)**.

(2) PIZARRO Ramón D., "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa", La Ley, Buenos Aires, 2006, t. III, parte especial, p. 431.

(3) VEIGA COPO, Abel B., "Tratado del Contrato de Seguro", Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2016, 4ª ed., t II, nº 9, p. 484.

(4) Ello es lo que se desprende del concepto del seguro contra la responsabilidad civil que brinda nuestra ley. El art. 109 de la Ley de Seguros dispone que "El asegurador se

Como queda expuesto, tanto el art. 1117 del Cód. Civil como el actual art. 1767 del Cód. Civ. y Com. de la Nación se han limitado a crear la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil, pero sin establecer un régimen jurídico específico para estos seguros. En consecuencia, le corresponde la aplicación del mismo régimen jurídico que al contrato de seguro voluntario (ley 17.418). En otros términos, el establecimiento de una obligación legal de contratar un seguro no ha desplazado de su aplicación a la Ley de Contrato de Seguro **(5)**. Ello requeriría el establecimiento de un régimen singular que derogue, modifique o complemente al general de la ley 17.418, lo que entre nosotros no ha acontecido, a pesar del reclamo de la doctrina **(6)**.

Disponía el art. 1117 reformado por la ley 24.830 que "los establecimientos educativos deberán contratar un seguro de responsabilidad civil. A tales efectos, las autoridades jurisdiccionales, dispondrán las medidas para el cumplimiento de la obligación precedente".

En el régimen anterior, la delegación era hecha a cada una de las jurisdicciones locales para el dictado de las medidas para el cumplimiento de la obligación en cuestión. Por lo tanto, esta reglamentación variaba de una a otra provincia en cuanto a las sanciones para el caso de incumplimiento **(7)**.

Tal delegación efectuada por la norma posibilitaba que quede vacía de significado, si, por ejemplo, por vía de reglamentación se establecían topes insuficientes de cobertura, o las autoridades que se encontraban obligadas a disponer las medidas tendientes al cumplimiento de la obligación de contratar el seguro no lo hacían, originando la responsabilidad del Estado por haber omitido una actividad que expresamente impone la ley **(8)**.

El Código Civil y Comercial si bien resolvió el problema al centralizar la actuación en un ente autárquico Federal (Superintendencia de Seguros de la Nación), no evitó la tacha de inconstitucionalidad de tal delegación de materia propia de la actividad legislativa, ni la mora de aquel organismo en la fijación de su contenido, por último, tampoco produjo avance alguno sobre el control de su cumplimiento.

Cabe reiterar que, a más de seis años de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, la autoridad de control no ha reglamentado aún este seguro impuesto obligatoriamente.

III. La resolución de la autoridad asegurativa que regula en general la cobertura del seguro de responsabilidad civil

Ordinariamente, el riesgo es individualizado mencionándolo en forma genérica (responsabilidad civil derivada del establecimiento educativo) y luego se describen ciertas hipótesis que van restringiendo el ámbito dentro del cual rige la cobertura acordada (a modo de ejemplo, se excluyen los daños que provengan de hechos de guerra) **(9)**.

Ahora bien, la resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación aplicable a los seguros de responsabilidad civil como en el caso, en ausencia de una disposición específica para un seguro establecido en forma obligatoria, comienza por describir el riesgo como responsabilidad civil extracontractual **(10)**.

---

obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido".

(5) BATALLER GRAU, Juan; LATORRE CHINER, Nuria; OLAVARRÍA IGLESIA, Jesús, "Derecho de los Seguros Privados", Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 277.

(6) AGUIRRE, Felipe F., "Seguro de responsabilidad civil. Los límites de la prestación a cargo del asegurador y el plenario "Obarrio" (art. 118 ley 17.418)", JA 2007-III-777.

(7) CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix, "Derecho de las obligaciones", La Ley, Buenos Aires, 2010, 4ª ed. aumentada y actualizada, t. V, p. 162.

(8) MOEREMANS, Daniel E., "Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos en caso de suicidio de un alumno", RCyS 2014-IX, 36.

(9) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "El silencio del asegurador frente a la denuncia del siniestro", en la obra colectiva Barbato (coord.), Derecho de Seguro, en homenaje a Juan Carlos Félix Morandi, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 181.

(10) Resol. 37.849/2013 SSN, reformada por Resol. E-65/2018. Cláusula 2. Riesgo cubierto. "El Asegurador se obliga a mantener indemne al Asegurado en razón de la Responsabilidad Civil Extracontractual que surja de la violación del deber de no dañar a otro (Artículo 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación) en que incurra ex-

Sabido es que el Código Civil y Comercial de la Nación ha unificado las órbitas de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, de modo tal que la alusión que hace la norma a la responsabilidad extracontractual con mención expresa del art. 1716 Cód. Civ. y Com. deviene, cuando menos, errónea.

A ello se suma que crea una ambigüedad donde no debería haberla, ya que la responsabilidad del establecimiento educativo será contractual en el caso del daño sufrido por el alumno y extracontractual respecto del daño causado por él y ambas hipótesis, deberán estar amparadas en la cobertura asegurativa obligatoria **(11)**.

Se incluirá en la cobertura, por ejemplo, los daños sufridos por los alumnos, como consecuencia del suministro de alimentos por el colegio, los daños derivados de incendio, rayo, explosión, descargas eléctricas y escapes de gas, daños causados por animales y uso de armas de fuego por parte del personal de seguridad habilitado, el daño causado por el uso de ascensores o por la caída de carteles, letreros, antenas u objetos similares, o daños causados por calderas o el uso de piletas de natación, de juegos infantiles o la práctica de deportes; y hasta la realización de pasantías o actividades extracurriculares realizadas fuera de la institución educativa, pero bajo su control y autoridad. Por supuesto, también, los daños causados por el alumno.

El problema no culmina allí, por cuanto en materia de exclusiones de cobertura, la primera de ellas es la que refiere justamente a la responsabilidad contractual del asegurado **(12)**. Tal ambigüedad solo puede ser interpretada en contra del predisponente **(13)**.

Es claro que tal resolución no se adecua a la unificación del régimen de responsabilidad civil contractual y extracontractual que consagró primero para el supuesto la ley 24.830 y luego en general el Código Civil y Comercial. Especialmente en el riesgo de responsabilidad civil de los establecimientos educativos, el asegurado y, conexamente el asegurador, se hallan sometidos a la posibilidad que un mismo hecho dañoso genere, según el caso, responsabilidad contractual o extracontractual y, con ello, la eventualidad de ser demandados en uno y otro ámbito de la responsabilidad civil. Es aconsejable, pues, que, al instrumentar el contrato de seguro, no solo se cubra la responsabilidad civil extracontractual, sino la responsabilidad civil comprensiva de la extracontractual y la contractual en los términos previstos por el art. 1716 y sgtes. del Cód. Civ. y Com., de manera que satisfaga útilmente la necesidad creada por la obligación legal de contratar el seguro **(14)**.

---

clusivamente como consecuencia de los hechos o circunstancias previstos en las Condiciones de Cobertura Específicas adjuntas, acaecidos en el plazo convenido".

(11) "La compañía de seguros codemandada que coordinó con quien explotaba una pista de kartings una póliza para cubrir la responsabilidad civil emergente de la actividad de esta última, no puede pretender excluir de la cobertura al accidente que sufrió una usuaria cuando su cabello se enredó con la cadena de un karting —en el caso, ello le ocasionó la pérdida del 60 % - 70 % del cuero cabelludo—, pues, la cláusula que excluye a los siniestros provenientes de obligaciones contractuales y del uso de vehículos que integran la categoría de "autopropulsados" no está redactada en términos inequívocos, sino que es contradictoria con la propia cobertura contratada por el asegurado, lo cual no se compadece con un elemental criterio de buena fe" (CNCiv., sala F, "F. R., C. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros", 03/03/2011, con nota de STIGLITZ, Rubén S.; COMPIANI, María Fabiana, LA LEY, 2011-B, 406).

(12) Cláusula 4 - Riesgos no Asegurados. El Asegurador no cubre, salvo pacto en contrario, la responsabilidad del Asegurado en cuanto sea causada por o provenga de: a) Obligaciones Contractuales".

(13) El Código Civil y Comercial establece que "...Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente" (art. 987 Cód. Civ. y Com.). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que "Al tratarse de la interpretación de las cláusulas de un contrato de seguro se debe considerar que, en caso de duda, la obligación del asegurador subsiste, pues dicha parte no solo redactó las condiciones del contrato, sino que por ser quien realiza las previsiones de los siniestros mediante cálculos actuariales, estaba en condiciones técnicas de fijar en forma clara, precisa e indubitada la extensión de sus obligaciones. La utilización de la expresión "daños corporales" en la póliza de seguro para limitar la responsabilidad asumida por el asegurador, no es idónea para excluir de la cobertura la reparación del daño moral padecido por los demandantes, ni el lucro cesante" (CS, "Ferriols, Patricia L. c. Kerner, Eduardo y otro", 02/11/1995, LA LEY, 1997-B, 790, AR/JUR/2901/1995).

(14) COMPIANI, María Fabiana; STIGLITZ, Rubén S., "De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa", RCyS 2007, 205.

Los hechos sucedidos durante el transporte solo quedan cubiertos si se realizan bajo la supervisión del establecimiento educativo y el servicio de transporte cuente con las habilitaciones correspondientes (en estos casos, suele convenirse que este seguro funcione subsidiariamente del que obligatoriamente también corresponda al transportista).

En materia de límites económicos de la cobertura, la resolución dispone un descubierto obligatorio que tampoco se compadece con un sistema de aseguramiento obligatorio **(15)**. Se desentiende, en cambio, de la fijación de cuantías mínimas de sumas aseguradas, lo que se traduce en que las sumas aseguradas suelen ser insuficientes, a lo que se suma el problema de la prohibición de la actualización de las sumas de dar dinero y su resultado, el infraseguro generalizado.

En los últimos tiempos se han hecho sentir voces en contra de la oponibilidad al tercero damnificado de tales límites económicos del contrato de seguro de responsabilidad civil, en especial, cuando este se ha impuesto obligatoriamente **(16)**. Ello así, en razón de que el seguro obligatorio de responsabilidad civil no es una mera aplicación de los seguros de responsabilidad civil tradicionales, dado que no constituye un sistema de protección del patrimonio del asegurado, sino que tiene una trascendente función social en virtud de la cual fuera establecido, es decir, la de protección de los terceros damnificados; o sea una finalidad asistencial de la víctima. Lo cual es así, atento a que, "en efecto, desde que el aseguramiento es obligatorio, el seguro no se elige para proteger la indemnidad del patrimonio del asegurado, sino que se contrata para satisfacer una obligación legal, cuya finalidad es garantizar a las potenciales víctimas de los daños una adecuada alternativa reparatoria..." **(17)**.

Sin embargo, el loable esfuerzo de la protección de las víctimas no puede justificar consagrar una carga indemnizatoria que otro debería afrontar —el asegurador—; o en mayor extensión que la legal o contractualmente convenida **(18)**.

(15) Cláusula 3 - Suma Asegurada - Descubierto Obligatorio. La suma asegurada estipulada en el Frente de Póliza representa el límite de responsabilidad por acontecimiento que asume el Asegurador. Se entiende por acontecimiento todo evento que pueda ocasionar uno o más reclamos producto de un mismo hecho generador. El máximo de indemnizaciones admisibles por todos los acontecimientos ocurridos durante la vigencia de la póliza será salvo pacto en contrario, de hasta tres veces el importe asegurado por acontecimiento que figura en el Frente de Póliza. El Asegurado participará en cada siniestro con un 10% del capital de la o las indemnizaciones que se acuerden con el o los terceros o que resulte de sentencia judicial, con un mínimo del uno por ciento (1%) y un máximo del cinco por ciento (5%), ambos de la suma asegurada al momento del siniestro, por cada acontecimiento. Este descubierto no podrá ser amparado por otro seguro.

(16) No pueden desconocerse los criterios jurisprudenciales contradictorios en materia de franquicia: declarando su nulidad (CS, "Ortega, Diego Nicolás c. Transporte Metropolitano General Roca S.A.", 20/10/2009, RCyS 2009-XI, 112), y su oponibilidad (CS, "Cuello", 07/08/2007, DJ 12/09/07, 99), respectivamente. Lo propio acontece en materia de sumas aseguradas: a favor de la inoponibilidad (CNCiv., sala C, "Aimar, María C. y ot. c/ Molina, José A. y ots. s/ daños y perjuicios (acc. trans. c/ les. o muerte), 26/05/2016 y "Aldasoro y Compañía SA y otro c/ Molina, José Alfredo y otros s/ daños y perjuicios (acc. trans. sin lesiones)", acumulado al primero y la conclusión opuesta de la CS "Flores" (Fallos 340:765).

(17) SOBRINO, Waldo A. R, "Las modificaciones a la ley de seguros por aplicación de la ley de defensa del consumidor", RCyS 2011-II, 37. CNCiv., sala L, "Álvarez, Rosa Carmen c/ Expreso Gral. Sarmiento S.A. s/ Daños y perjuicios", 01/11/2011, LA LEY 08/03/2012, 6, TR LALEY AR/JUR/92985/2011, en cuanto consideró que "...el art. 118 LS no podría ofrecer resistencia válida. Esto es: el art. 118, en tanto limitaría la ejecutabilidad de la sentencia "en la medida del seguro", no obstante la infracción de normas de orden público es inaplicable al caso por inconstitucional. Esto así, en tanto que, en la especie, supondría una cortapisa a la responsabilidad indistinta del asegurador que, integrado a una cadena o grupo productor de servicios riesgosos, ha ofrecido y concertado un seguro de responsabilidad civil a conciencia de que en los hechos deroga, a través de una mera disposición administrativa, normas de jerarquía superior y de orden público. O, como consideraran mis colegas de Sala, Dres. Pérez Pardo y el recordado Rebaudi Basavilbaso, el art. 118 de la Ley de Seguro ha quedado implícitamente derogado para estos casos de aseguramiento obligatorio de la posterior ley 24.449. Sea por una u otra vía, no es aplicable al caso el art. 118".

(18) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde; GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., "El juicio de daños como instrumento dañoso. Eximentes probadas de responsabilidad", RCyS año XIV, núm. 3, marzo 2012, p. 151. Los autores señalan que "...Así el tribunal victimiza a uno de los litigantes, y crea judicialmente una obligación sin causa que justifique la condena o toda su extensión. Un perjuicio no se repara infiriendo otro a quien es ajeno a la situación nociva, o colocando en sus espaldas mayor peso indemnizatorio que el apropiado...".

La solución no debe ser otra que el dictado de una *ley de seguro obligatorio* que regule acabadamente la cuestión, que vede las tradicionales exclusiones de cobertura del seguro voluntario, impida la constitución de franquicias, asegure sumas suficientes y su adecuación a la inflación reinante, fomente un sistema de *pronto pago* y se convierta, finalmente, en un verdadero instrumento de protección de las víctimas de daños causados o sufridos por los alumnos de establecimientos educativos.

IV. El límite de la suma asegurada frente al desfase que produce la inflación. Los intereses como mecanismo indirecto de ajuste. Su insuficiencia

En los seguros contra la responsabilidad civil la suma asegurada constituye el *quantum* máximo por el que debe responder el asegurador por cada siniestro que pueda acaecer durante la vigencia del contrato de seguro, cualquiera resulte el número de responsables o la forma de la reparación o la diversidad de los daños que acaezcan. Todos ellos conforman el siniestro único **(19)**. La obligación del asegurador constituye una obligación de dar dinero.

Al expresarse la suma asegurada en moneda nacional y establecerse la consecuente prima en igual moneda, es poco lo que puede preverse en materia de inflación, debido a la vigencia del principio nominalista. La consecuencia será que, en el ámbito de una prescripción extensa como lo era la contractual y, atento a la duración de un proceso judicial, la traducción de aquella suma asegurada a la hora de la fijación de valores actuales de sumas indemnizatorias habrá quedado seriamente afectada.

Si bien es cierto que la cobertura asegurativa se extiende a los intereses, pues, de no incluírselos, podría darse el caso de que el retardo o resistencia extrajudicial o judicial del asegurador perjudique solo al titular del interés asegurable, lo cual configuraría una prerrogativa vedada y privada de efectos, conforme lo dispuesto por el art. 344 Cód. Civ. y Com., y contraria al principio de buena fe (art. 9°) **(20)**; también lo es que los intereses resultan debidos de acuerdo con la regla proporcional, esto es, en la misma medida que se debe el capital **(21)**.

Es claro que el límite de cobertura está dado por la suma en concepto de capital y los intereses que como accesorio de dicho capital se devengaron a partir de allí y constituyen los mayores daños provenientes del incumplimiento de la obligación de dar dinero a cargo del asegurador **(22)**. Ambos integran el monto de la condena y se encuentran dentro de los límites de la cobertura que cabe exigirle a la citada en garantía, en tanto optó por controvertir el reclamo, demorando en el tiempo la solución del conflicto **(23)**.

En períodos de inflación (nuestro país padece índices de dos dígitos desde hace casi quince años), y ante la imposibilidad jurídica de indexar (arts. 7° y 10, ley 23.928, ratificados por la Ley de Emergencia Económica y art. 765 del nuevo Cód. Civ. y Com.), la suma debida no queda plenamente satisfecha con los intereses, aun con la aplicación de la tasa activa, ya que este no constituye más que un método indirecto de apreciación de la moneda en tanto que solo un porcentaje de su tasa enjuga la inflación.

Con anterioridad a la vigencia de la Ley de Convertibilidad, la depreciación de la moneda ocurrida desde que la obligación debía ser satisfecha, hasta el efectivo pago, o sea, mediando mora, era fundamento suficiente para sostener que se trataba de un presupuesto del daño **(24)**.

(19) VEIGA COPO, Abel B., "Los principios de derecho europeo del contrato de seguro", Pontificia Universidad Javeriana-CEDEP-Grupo Editorial Ibáñez, Colección Prospectivas del Derecho Nº 2, Bogotá, 2012, p. 405.

(20) CCiv., Com. y Cont. Admin., San Francisco, "Ibarra, María Cecilia c. Acosta, Estefanía Victoria y otro s/ ordinario - daños y perjuicios", 11/10/2012, LLC 2013 (abril), 340, TR LALEY AR/JUR/70974/2012.

(21) COMPIANI, María Fabiana; FACAL, Carlos José María, "Problemática en torno a la limitación de la prestación en los seguros de responsabilidad civil", 47 Rev. Ibero-Latinoam. Seguros, 15-75 (2017). https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris47.ptlp.

(22) CASTRO SANMARTINO, Mario. E.; SCHIAVO, Carlos A., "Seguros", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 299.

(23) CNCiv., Sala B, 26/04/2012, "C., J. y otros c. Turismo Río de la Plata y otros s/daños y perjuicios (acc. trans. c/les. o muerte)", ED 14/09/2012, Nº 13.080.

(24) "En caso de mora del asegurador corresponde computar los efectos de la depreciación monetaria al determinar la indemnización proveniente de un contrato

En efecto, integraba el daño resarcible al acreedor, aunque superara el límite de la suma asegurada y era enjugada a través de la actualización por índice de precios.

En la actualidad, sujetas las obligaciones a un régimen nominalista absoluto que permite que el deudor se libere entregando la suma nominal pactada, y ante la prohibición de establecer cláusulas de estabilización en el contrato de seguro, la aceleración inflacionaria exhibe la insuficiencia de los intereses como mecanismo indirecto de actualización de la moneda, lo que trae aparejado el riesgo que se concreten injusticias y decisiones judiciales que intentan evitarlas **(25)**, con grave mengua de la seguridad jurídica **(26)**.

V. El pronunciamiento de la Corte ratificando la aplicación del límite de cobertura vigente al momento del hecho en el seguro obligatorio de establecimientos educativos

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse, recientemente, sobre el límite de cobertura en el seguro obligatorio de establecimientos educativos **(27)**. Con remisión al fallo "Flores" (Fallos: 340:765), la Corte validó el límite de cobertura del contrato de seguro vigente al momento del hecho dañoso.

Con cita de su precedente "Buffoni" (Fallos: 337:329), el Tribunal sostuvo que "la función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse todos los daños producidos al tercero damnificado sin consideración de las pautas del contrato que se invoca".

Amplió la argumentación precisando que "la obligación del asegurador de reparar el daño tiene naturaleza meramente 'contractual'; y si su finalidad es indemnizar al asegurado de los perjuicios sufridos por la producción del riesgo asegurado, su origen no es el daño sino el contrato de seguro. De tal manera, 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 y, por tanto, no puede ser el objeto de una obligación civil".

La Corte advierte que el seguro de responsabilidad civil obligatorio para los establecimientos educativos no ha sido específicamente reglamentado por la Superintendencia de Seguros de la Nación con la determinación de un límite económico de cobertura mínimo. Por mi parte, agrego que debiera incluirse un sistema de tutela efectivo a favor de las víctimas que asegure el pronto cobro, la limitación de exclusiones, la inexistencia de franquicias y un fondo de garantía. Ahora bien, la Corte continúa su razonamiento señalando que ese incumplimiento de las autoridades no permite condenar al asegurador a un monto mayor que el convenido de acuerdo con la prima convenida contractualmente.

---

de seguro" (CNCom., en pleno, "Mussa de Gómez de La Vega, María H. c. La Defensa, Cía. de Seguros Generales, S. A.", 29/11/1978), TR LALEY AR/JUR/5430/1978. En los fundamentos del voto de Morandi puede leerse que, "...como resultado del desfasaje producido por la inflación, "en el "seguro de responsabilidad civil" (sea con límite o sin límite),las indemnizaciones a satisfacer a los damnificados son apreciadas de acuerdo con el "minus valor" adquirido por la moneda, lo que equivale a decir que la cifra a pagar por este concepto en un siniestro por parte del asegurador, será notoriamente superior a la que en fecha pretérita, se tomó como base del cálculo de la prima por igual importancia de perjuicios habidos".

(25) CNCiv., sala C, "Aimar, María C. y ot. c/ Molina, José A. y ots. s/ daños y perjuicios (acc. trans. c/ les. o muerte), 26/05/2016 y "Aldasoro y Compañía SA y otro c/ Molina, José Alfredo y otros s/ daños y perjuicios (acc. trans. sin lesiones)", acumulado al primero. CNCiv., sala A, "M., C. D. y otro c. M., M. M. y otros s/ daños y perjuicios", 22/09/2016, RCyS 2016-XII, 221, AR/JUR/70765/2016.

(26) CS, "Flores, Lorena R. c. Giménez, Marcelino O. y ot. s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)", 6/6/2017, Fallos: 340:765. En el voto concurrente del Dr. Carlos Rozenkrantz, se lee que aun en los casos en que el responsable causal no repare el daño y la existencia del límite de cobertura de la aseguradora determine que sea la víctima quien cargue con parte de él, "...circunstancia lamentable, por cierto, no justifica por si solo que los jueces hagan inoponible a la víctima el límite de cobertura, que consistente con la regulación pertinente, ha sido acordado entre asegurado y aseguradora...". En definitiva, señala que esa solución debe ser provista por los otros poderes del Estado. A modo de conclusión, establece que "...la sentencia de cámara, al obligar a la aseguradora a afrontar el pago de los daños sufridos por la víctima más allá del límite que emerge de la póliza con el único argumento de la supuesta desnaturalización de la función social del seguro, implica una violación de su derecho de propiedad...".

(27) CS, "Gómez Rocca, Javier Hernán y otros c/ Creatore, Víctor Juan y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)", 12/08/2021.

Destaca que la actividad aseguradora se encuentra regulada —en los elementos técnicos, económicos y contractuales— y sujeta al contralor y aprobación de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Como corolario de ello, agrego, no resulta libre el asegurador de pagar lo que no debe, como así tampoco omitir cumplir con lo debido. Una y otra conducta constituyen ejercicio anormal de la actividad aseguradora en los términos que sanciona el art. 58 de la ley que rige la actividad aseguradora (ley 20.091).

Por último, la Corte se ocupa de señalar que tales consideraciones no se modifican a consecuencia de la integración que cabe hacer en el derecho interno de la Convención de los Derechos del Niño. En una muy importante conclusión señala que "no obstante la magnitud del daño ocasionado a los alumnos del establecimiento educativo demandado, no es posible considerar que la condena a la aseguradora más allá de la póliza contratada esté sustentada en el interés superior del niño, pues una aplicación de tal principio como fuente directa de integración de nuevas prestaciones patrimoniales al contrato de seguro celebrado por terceros, implicaría, por un lado, desbordar la finalidad a la que alude el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño (Fallos: 328:2870) y, por el otro, desnaturalizar la razonable previsibilidad que constituye el eje del funcionamiento del contrato, instrumento fundamental mediante el cual las partes programan su futuro, administran sus recursos, ordenan sus preferencias y controlan sus riesgos".

Si bien el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y las Convenciones suscriptas por el país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que la interpretación que realice sobre una cuestión integra ese margen de apreciación nacional que no podría ser subsanado o revocado por Tribunales supranacionales **(28)**.

En este sentido, parece claro que no hay rangos prevalentes entre los derechos constitucionalmente garantidos —en el caso los correspondientes a la reparación plena de las víctimas y a su condición de niños, por un lado, y el derecho de propiedad de la aseguradora—, sino que lo que debe primar es una articulación entre ellos para determinar en cada caso en concreto cuál resulta preeminente.

Siguiendo a Robert Alexy **(29)**, una colisión de principios solo puede resolverse a través de la ponderación, la que es comprendida dentro del principio más amplio de la proporcionalidad que a su vez se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización: "...los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas". La ley de ponderación expresa que optimizar en relación con un principio colisionante no consiste en otra cosa que ponderar.

La ley de ponderación "admite sacrificios parciales de unos en favor de otros con base en pautas de la obtención de la menor dañosidad en el resultado final, complementado por el de las previsiones, que implica que el juzgador deba evaluar los alcances reales que más allá del caso juzgado proyecte su decisión en otros ámbitos, tanto relacionados con procesos futuros como con secuelas económicas o sociales, consideraciones de rango axiológico que tampoco pueden ser dejadas de tener en cuenta" **(30)**.

De modo que, ante la colisión de derechos fundamentales, la decisión final del intérprete debe propender a no atenerse a soluciones radicales, buscando la conciliación de las normas del ordenamiento jurídico en su integridad.

En este sentido, se pronunció recientemente Lorenzetti, destacando: "Un problema fundamental de nuestros tiempos consiste en asegu-

(28) CS, in re "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 14/02/2017.

(29) ALEXY, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", edic. y trad., Rubén SÁNCHEZ GIL, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 11, enero-junio 2009, ps. 3-14.

(30) SAUX, Edgardo I., "Conflicto entre derechos fundamentales". Artículo publicado en la revista Trilogía Nº 7, Año II, agosto 15, 2008, noviembre 15, 2008, México, http://www.revistatrilogia.com/inicio/node/121.

rar que la sentencia judicial pueda dar previsibilidad, basada en precedentes estables... La seguridad jurídica ha sido estudiada en el campo de la ley, que debe establecer un horizonte para que las personas puedan ajustar sus conductas, generar confianza y bajar los costos de transacción... En el modelo anterior el legislador fijaba de modo definitivo el sentido preciso de una ley, pero ahora esa tarea está a cargo de quien interpreta y aplica el sistema de derecho. Por esta razón, el problema de la seguridad jurídica no se limita a una ley estable, sino a una multiplicidad de fuentes que integran un sistema de derecho que debe ser aplicado e interpretado. En este contexto, la sentencia judicial debe asumir el desafío de desenvolverse en una diferente concepción de la interpretación y aplicación del Derecho. que implica poner de acuerdo la Constitución, Códigos, leyes y una pluralidad de fuentes; y no solamente una ley. Estas situaciones, habituales, demandan un diálogo de fuentes"; y concluye señalando que "...el Derecho precisa una comunicabilidad de principios entre la Constitución, los códigos y los microsistemas jurídicos, que le confiera estabilidad al sistema. Es parte de la seguridad jurídica, porque si la Constitución tiene unos principios y los códigos y las leyes especiales, otros diferentes, no hay previsibilidad posible. Por esta razón el Código Civil y Comercial vigente no se basa en una especialidad civil o comercial, sino en la articulación del sistema entre la Constitución, el derecho privado y los diversos microsistemas" **(31)**.

La solución en el caso se adecua a esta comunicabilidad de principios, sin perjuicio de lo cual urge reclamar al legislador una solución al problema de la devaluación de la moneda nacional que afecta a todos los contratos de seguro, incluidos los de celebración obligatoria.

VI. Colofón

El art. 1117 del Cód. Civil consagró a partir de 1997 la responsabilidad objetiva de los propietarios de establecimientos educativos por los daños causados por los alumnos menores o sufridos por estos, cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa.

La medida buscó garantizar a la víctima de un hecho dañoso el resarcimiento correspondiente, alejando el riesgo de la insolvencia del obligado al pago y evitando el impacto que pudiera ocasionar la condena en el patrimonio del establecimiento educativo que podría poner en riesgo la continuidad del desarrollo de su actividad.

La norma no le dio contenido a la obligatoriedad del seguro (daños cubiertos, suma asegurada, franquicias, exclusiones admisibles, pronto pago, etc.) y tampoco estableció ningún tipo de sanción para el caso de que aquel incumpla con dicho deber, dejando librado a la "autoridad jurisdiccional" las medidas necesarias para el cumplimiento de dicho deber, generando dificultades de aplicación y falta de control de su cumplimiento.

El Código Civil y Comercial de la Nación no resolvió la cuestión, delegando indebidamente el contenido del mencionado seguro en la Superintendencia de Seguros de la Nación.

La solución al problema planteado no debe ser otra que el dictado de una ley de seguro obligatorio que regule acabadamente la cuestión, que vede las tradicionales exclusiones de cobertura del seguro voluntario, consagre un sistema de pronto pago, acción directa, sin franquicias, con sumas aseguradas suficientes que adecuen a la inflación reinante y que se convierta, finalmente, en un instrumento de protección de las víctimas de daños causados o sufridos por los alumnos de establecimientos educativos.

Con relación a las sumas aseguradas, la aceleración del proceso inflacionario podría derivar en la declaración de inconstitucionalidad de la normativa de la ley 25.561, por violar sustancialmente el derecho de propiedad garantizado por la Constitución Nacional (art. 17, CN) **(32)**. Igual solución hacia la repotenciación supondría la consideración errónea de la obligación del asegurador como obligación de valor **(33)**, no alcanzada por el nominalismo previsto en la ley para las obligaciones de dar dinero.

(31) LORENZETTI, Ricardo L., "La sentencia judicial y previsibilidad", LA LEY 31/08/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/2437/2021.

(32) ALTERINI, Atilio A., "Desindexación. El retorno al nominalismo", Abeledo Perrot, 1991, p. 78.

(33) SOBRINO, Waldo, "La actualización monetaria de las sumas aseguradas", TR LALEY AR/DOC/2580/2017.

Igualmente, en el marco de la negociación de nuevas coberturas, bajo la autorización de la Superintendencia de Seguros de la Nación de la cláusula en moneda extranjera o de una cláusula de ajuste automático de la suma asegurada **(34)**, podría permitir la adecuación automática, aunque no exenta de litigios derivados de la época y valor de la conversión. Ello redundaría en el ajuste automático sin que medie comunicación alguna por parte del asegurador, y el compromiso del asegurado de aceptar los nuevos valores asegurados que resulten y a abonar el correlativo ajuste de prima en proporción al tiempo que falte correr hasta el vencimiento de la vigencia póliza **(35)**.

Por cierto, lo deseable sería promover soluciones en el ámbito legislativo que permitieran paliar el efecto inflacionario en general en materia de seguros y, en especial, en el ámbito de los seguros contra la responsabilidad civil donde la indemnización plena que asegura el Código Civil y Comercial a las víctimas de daños, no encuentra en el seguro que contrata el responsable del daño la indemnidad perseguida **(36)**, merced a la permanente desvalorización de la moneda nacional y la insuficiencia de los mecanismos indirectos de adecuación como los intereses.

Resulta ostensible la ineficiencia de someter la cuestión a la decisión de la justicia, caso por caso, no solo por la lógica disparidad de soluciones que se evidencian, algunas de las cuales mencionamos más arriba, con la consecuente merma del principio de igualdad (art. 16 de la CN) y de la seguridad jurídica, sino por el dispendio de recursos del Estado volcados en el servicio de justicia para resolver uno de los aspectos del daño generalizado causado por la inflación, que debería encontrar solución en la avocación debida por el Poder Legislativo.

(34) La Superintendencia de Seguros de la Nación propició tres cláusulas en moneda extranjera que prevén diferentes modalidades de pago: pago exclusivo en moneda extranjera; pago en moneda extranjera, con opción de pactar cancelación en moneda de curso legal; contratación en moneda extranjera y pago en moneda de curso legal en todos los casos. Asimismo, contempla el pacto entre las partes respecto de la utilización de la cotización mayorista o minorista del valor de venta de la moneda extranjera contratada. Ante la falta de cotización del Banco de la Nación Argentina, se prevé la utilización, en igual forma, del tipo de cambio minorista o mayorista, según se pacte, de referencia vendedor publicado por el Banco Central de la República Argentina (Resolución SSN 401/2020. La norma se aplica a los planes de seguros cuya vigencia sea igual o posterior al 1º de enero de 2021.

(35) No puede dejar de señalarse la evidente demora de la autoridad de control en dotar al seguro obligatorio de establecimientos educativos de un contenido propio. Sin embargo, parece clara la decisión de nuestro máximo tribunal en negar la existencia de responsabilidad por violación del art. 25 de la ley 20.091 (que impone a la Superintendencia de Seguros de la Nación el deber de velar que las condiciones contractuales sean equitativas), en el entendimiento que ello no implica "... una garantía que se reparará todo daño derivado de la acción de terceros, ni menos aun que el Estado deba suplir la insuficiencia de un seguro contratado al amparo del ordenamiento jurídico vigente. Consagrar una regla de este tipo es una decisión que el legislador no ha tomado" (CS, "Albo, Modesta del Valle y ots. c/ Giménez Viajes SRL s/ daños y perjuicios", 06/11/2018), TR LALEY AR/JUR/56317/2018.

(36) A modo de ejemplo, el proyecto de Ley del Seguro Obligatorio Automotor, Expte. 1243-D-2017, presentado por el diputado Pablo Tonelli, el 29/03/2017 y elaborado por la Comisión de los doctores Rubén S. Stiglitz, Pablo Heredia y Carlos J. M. Facal, que tuve el honor de integrar y coordinar, en su art. 20, fijaba la indemnización por muerte o lesiones en mil argentinos oro (moneda cuya cotización efectúa trimestralmente el BCRA, $ 39.385,22 al 3º trimestre 2021; $ 4.287,13-1º trimestre 2017 —fecha de presentación del Proyecto— y que al dictado de la Ley de Emergencia Pública cotizaba $ 63,49-1º trimestre de 2001).

Jurisprudencia

EXCLUSIÓN DE COBERTURA

Asegurado que se negó a la realización del test de alcoholemia. Derechos de la víctima. Traslado ilegal de la carga probatoria.

1. — La "presunción de ebriedad" del conductor contenida en la póliza por la mera negativa a la detección de alcoholemia es una estipulación ilícita por contravenir los principios generales de la ley en materia de carga de la prueba. Y es irrazonable, porque no responde a necesidades técnicas del seguro de responsabilidad civil automotor sino a una comodidad o descarga probatoria del asegurador en perjuicio del asegurado y los terceros damnificados.

2. — Colocar a la víctima fuera de la cobertura obligatoria por el mero hecho de la negativa a hacerse el test de alcoholemia es irrazonable y no responde a necesidades técnicas del seguro, sino a una comodidad ilícita y excesivamente favorable de las aseguradoras. Les evita la demostración del estado de ebriedad y traslada irrazonablemente la carga de la contraprueba a la víctima; es una inversión de la carga probatoria. Constituye un ilegal traslado de esta última, toda vez que a través de estipulaciones contractuales admitidas por un ente regulador del Poder Ejecutivo —que no regula adecuadamente— se modifica el sistema de cargas probatorias de los códigos procesales. Es regla que el demandado, el excepcionante, debe demostrar los presupuestos de hecho de su defensa o excepción.

3. — No está claramente demostrada una injustificada negativa a la extracción de sangre y, en lo fundamental, no está demostrado algún grado de intoxicación del conductor. Que es, en realidad, lo que —estando a los términos de la póliza— excluiría la cobertura.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Accidente de tránsito.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $120.000

Daño psíquico: $120.000

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: $500.000

Daños varios: Gastos generales: $5.000

CNCiv., sala L, 07/07/2021. - M., P. S. c. M., J. A. y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ les. o muerte).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/103629/2021]

COSTAS

Se imponen a los demandados.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expte. n° CIV 082313/2016/CA001

2a Instancia.- Buenos Aires, 7 de julio de 2021.

I.- Antecedentes

P. S. M. demandó a J. Á. M. y M. L. S. por reparación de daños y perjuicios emergentes de un accidente de tránsito. Pidió la citación en garantía de Caja de Seguros S.A.

El evento tuvo lugar en la intersección de las calles Salta y Chile de esta ciudad, el 19 de diciembre de 2014, aproximadamente a las 20,30 horas.

M. iba en moto por Salta y, cruzando Chile, fue interceptado por un Peugeot 206 conducido por M y de titularidad de S.

En la intersección hay semáforos que funcionaban normalmente, y el actor imputó al conductor demandado haber violado la prohibición de paso. De su lado, los demandados dieron una versión opuesta: la infracción fue del demandante.

A su vez, Caja de Seguros opuso una defensa de exclusión de cobertura porque el conductor se negó a practicar el test de alcoholemia al momento del hecho.

Tras la sustanciación del proceso, el Dr. J. S. hizo lugar a la demanda. Lo hizo en la inteligencia de que los demandados no demostraron una circunstancia eximente de responsabilidad en los términos del art. 1113 del Código Civil ley 340. Desestimó la defensa de la aseguradora y condenó a todos los demandados al

pago de $2.512.721 más intereses a la tasa del plenario "Samudio" desde el día del siniestro por configurarse en ese momento la mora. La sentencia obra a fs. 440/8.

Apelaron la decisión los condenados.

A fs. 460/3 expresaron agravios M. y S. Cuestionaron la decisión relativa a la responsabilidad, el *quantum* indemnizatorio por incapacidad física, psíquica y tratamientos, daño moral y gastos varios. También impugnaron la tasa de interés y pidieron se modifique hacia una tasa pura.

La Caja de Seguros S.A. hizo lo propio a fs. 465/72.

En primer lugar, se quejó por la extensión de la condena en su contra y el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva. A seguir, la discusión corrió por el mismo andarivel de los otros demandados: cuantía de los rubros de la indemnización y tasa de interés.

El actor respondió el traslado de esas presentaciones. A fs. 475/82 se refirió a la de M y S, y a fs. 487/93 a los agravios de Caja de Seguros.

A su vez, M. y S. contestaron los de la aseguradora a fs. 484/5.

II.- La defensa de la aseguradora

Caja de Seguros opuso como defensa que se trata de un supuesto de exclusión de cobertura, toda vez que el conductor del auto asegurado se negó a realizar el 'test' de alcoholemia. Y que, de conformidad con los términos de la póliza, el riesgo no está cubierto.

El juez de grado rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva para obrar en razón de que la excepcionante no demostró el presupuesto fáctico pertinente. Y, aun de haber sucedido, "no podría ello constituir una presunción inopinable de haber conducido... bajo los efectos del alcohol" (fs. 447). El colega siguió el derrotero argumental señalando que "la citada no acreditó que su asegurado se hubiera negado a realizarse el test de alcoholemia". Lo sustentó en que las constancias del acta de fs. 30 de la causa penal "no dan cuenta –sin más- sobre el supuesto de hecho señalado. Es cierto que no se le extrajo sangre, pero no menos cierto resulta que no surge la negativa expresa de M".

Este incidente vial sucedió el 19 de diciembre alrededor de las 20,30. El acta policial de la Comisaría 4ª (fs. 1, penal) fue realizada o empezada a las 22,49. Allí, el cabo R declaró que a las 20,40 fue comisionado al lugar del hecho, identificó a los participantes, a dos testigos de la declaración de derechos y del secuestro de vehículos; refirió la inexistencia de testigos presenciales y señaló algunas otras características de personas y lugar. Nada dijo en referencia a posible etilismo (aliento, desorientación u otra cosa) en M.

A las 23.01 se levantó el acta de lectura de derechos al nombrado (fs. 10). A la 0.14 del día 20 se tomó declaración al ahora actor, M (fs. 24/5), al retornar de su pronta atención en el hospital Ramos Mejía. Ningún comentario hizo acerca del estado del otro participante, de algo anormal.

A la 1.30 se dispuso la soltura de M (fs. 29), previa actuación de extracción de sangre a las 0.45 (fs. 30). En ese momento se preguntó al demandado "si autorizaba a que se le extraiga sangre (sigue un texto manuscrito con letra ilegible de la médica) de su cuerpo, a lo que respondió: no (y sigue algo más también ilegible)".

Lamentablemente no se puede saber, por lo ilegible, qué explicó o justificó M., según la facultativa. Adunado a esto la desprolijidad de la médica policial, Dra. M., en la intercalación de formulario tipeado y manuscrito, confirmado con lo que resalto a renglón seguido.

A fs. 31, también el mismo 20 y aparentemente a la misma hora "00.45" (aunque esto está intercalado en el formulario con la edad, pero en realidad tenía 34 años; fs. 1 vta.), consta que al momento del examen físico estaba: "lúcido, consciente, coherente".

En fin, la desprolijidad policial no permite saber qué dijo M.

La aseguradora recurrente transcribe algo incorrectamente a fs. 465 vta. en sus agravios el Anexo pertinente. En realidad, si se lee fs. 95 vta./96 surge que: "[e]l asegurador no indemnizará los siguientes siniestros (...) Cuando el vehículo asegurado sea conducido por una persona bajo la influencia de cualquier droga desinhibidora, alucinógena o somnífera, o en estado de ebriedad. Se entiende que una persona se encuentra en estado de ebriedad si se niega a practicarse el examen de alcoholemia (...)".

Esta estipulación, esta exclusión de cobertura, y su concreción en situaciones reales, ha dado lugar a soluciones e interpretaciones divergentes en doctrina y jurisprudencia.

María Fabiana Compiani ("Las exclusiones de cobertura en el seguro automotor"; J.A. 2014-IV-1554) señala que hay dos modos de ver la cuestión: la pertinencia o no del análisis de la relación causal. En una primera posición ubica a Rubén Stiglitz, para quien "las exclusiones de cobertura que se encuentran sus-

tentadas en conductas antijurídicas de los asegurados, no requieren el análisis de la relación causal con el siniestro", criticando algunos fallos "que evidencian una tendencia consistente en analizar si medió relación causal entre la referida conducta y el siniestro, pero silencian que el presupuesto de hecho de la exclusión de cobertura, en el caso, la conducta del asegurado, constituye un obrar antijurídico, entendido ello como una confrontación externa entre la conducta y el ordenamiento jurídico". Una de esas conductas es, justamente, la conducción en estado de ebriedad.

En sentido opuesto cita a Nicolás Barbato, quien explicaba "que no es aceptable la utilización sin realizar las debidas distinciones de ciertos esquemas generales, pues puede desembocarse en situaciones injustas y carentes de razonabilidad. No resultaría sostenible que la mera incorporación a una cláusula de exclusión, de eventuales violaciones en que con relación a leyes, ordenanzas o reglamentos legales, pueda incurrir el asegurado, tenga siempre por efecto indiscutible y automático el colocar una situación de esa índole fuera de la cobertura y para más, por ilicitud de la causa o del objeto del contrato. Es necesario, entonces, que la falta posea entidad suficiente para incidir en el esquema técnico – contractual de manera que influya en la magnitud del riesgo asumido".

Continúa Compiani con la cita del recordado Barbato, y ubica en el mismo sendero argumental a Castro Sammartino y Schiavo. Finalmente indica que participa de este último criterio, bien que precisando que "debe efectuarse un esfuerzo en ceñir el análisis de la exclusión de cobertura y su relación causal con el siniestro, sin ingresar en la valoración de la culpabilidad de la conducta del asegurado en el caso concreto" (pág. 1555).

Hace bastante tiempo esta Sala ha tomado partido en este mismo cauce interpretativo frente a una defensa de exclusión de cobertura opuesta también por la aquí demandada Caja de Seguros S.A. (15-2-2010, "D'Agostino c. De Leo"; RCyS. 2010-XII, pág. 92, con nota de Castro Sammartino y Schiavo; E.D. 30-7-10, Derecho de Seguros fallo 37). Exclusión basada en la carencia de licencia de conducción. Transcribiré algunos párrafos por su atinencia con el caso ahora en estudio.

Dije entonces que "[e]l tema de la exclusión de cobertura por carencia de licencia merece una buena exposición, porque en la interpretación están en juego diversos valores y principios jurídicos. Hay antecedentes varios de esta Sala, alguno citado en agravios, y he dado mi opinión acerca del seguro obligatorio de responsabilidad civil y su función social ("Nieto c. La Cabaña", RCyS. 2007-1114; "Fernández c. Transportes", y otros, con citas de Morandi, Garrigues, Barbato, Simone, Roitman, Halperin, Trigo Represas, Pagés Lloveras, Sobrino; L.L. 2007-F, 743; RCyS. 2007-1122; J.A. 2008-II-756). Cuando el seguro es obligatorio, el tomador contrata tanto para cumplir la ley cuanto para mantener indemne su patrimonio; este seguro está instituido en interés de la comunidad y la economía del contrato excede a las partes; hay en esto una cuestión de orden público (conf. Ghersi, Carlos A., «Contrato de seguro», Astrea, Buenos Aires, 2007, pág. 233).

"Sin embargo, a mi modo de ver, esto no conduce sin más a la inoponibilidad de las cláusulas de exclusión frente al tercero víctima.

"Estando a las cláusulas usuales, se ha dicho en criterio del que participo, que en principio habrá exención de responsabilidad del asegurador cuando, al ocurrir el siniestro, el conductor careciera de licencia de conductor o estuviera inhabilitado. Pero podría acreditarse una indudable capacidad para guiar el tipo de vehículo involucrado en el momento del accidente, aunque no tuviese registro; también cabría eximir al asegurador si probase fehacientemente que no tenía aptitud, a pesar de la autorización (ver Brebbia, Roberto H.: «Problemática jurídica de los automotores», Astrea, Buenos Aires, 1984, tomo 2, pág. 73/4).

"Esto así porque la finalidad de la cláusula de exclusión de cobertura por falta de habilitación para conducir es evitar la agravación del riesgo tenido en cuenta al contratar el seguro contra la responsabilidad civil (Brebbia, op. cit., p. 74; Barbato, E.D. 136-562; Stiglitz, L.L. 2009-D, 632). La idoneidad en la conducción es requerida como exigencia básica, un verdadero presupuesto técnico; pero en vez de discutir en cada caso si tal idoneidad existe, se optó por aprovechar el procedimiento de habilitación de la autoridad administrativa y convirtió a dicha habilitación como circunstancia objetiva para mantener la cobertura (Barbato, op. y loc. cit.).

"Es necesario precisar lo que es diferente. No solo por la génesis sino también en lo operativo, la distribución de la carga probatoria, y sus consecuencias. La caducidad de derechos del asegurado es una sanción, una causal subjetiva de no cobertura frente a situaciones (siniestros concretos) en principio cubiertas. Básicamente está prevista en la ley de seguros en el art. 36, y otros supuestos como el de provocación del siniestro por dolo o culpa grave (art. 70). Las cláusulas de delimitación de cobertura, por el contrario, justamente delimitan desde el inicio, descriptiva y objetivamente, cuál será el ámbito del aseguramiento, qué siniestros corresponden al riesgo cubierto y cuáles no."

Justamente estaba en discusión el problema de la confusión, en algunos fallos (como el de Junín comentado por Barbato), de la culpa grave del conductor y la falta de licencia, cuestión precisamente señalada por Compiani en el trabajo citado.

"Es notable la claridad con que Nicolás Barbato ha expuesto el problema al realizar el análisis crítico del fallo de la Cámara departamental de Junín, bajo el título «Exclusiones a la cobertura en el contrato de seguro» (E.D. 136-547 y sig., ya mencionado). No abundaré en otras consideraciones porque también las hizo, con la erudición habitual, Aída Kemelmajer de Carlucci en varios votos (ver, p.ej., "Triunfo c. Intraguglielmo", 21-12-95, L.L. 1996-D, 186; "Lucero c. Martínez", 9-6-03, RCyS. 2004-767)."

Me preguntaba en otro párrafo de "D'Agostino" si se trata de una cláusula abusiva u oscura y contesté que no es lo uno ni lo otro. "Pero las cláusulas de exclusión de cobertura deben ser razonables y responder a necesidades técnicas del seguro de que se trata (Barbato, E.D. 136-566). Esta cláusula de exclusión es razonable; habrá que ver si su aplicación al caso también lo es, habida cuenta que el presupuesto de hecho no debe ser aplicado mecánicamente (conf. Stiglitz, Rubén S., «Derecho de seguros», 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, pág. 237).

"También así lo entendía Nicolás Barbato. Propone justamente el ejemplo de la licencia vencida; y sostenía que la invocación a ultranza, sin que existan concretas circunstancias que hubieren obstado a la renovación, y que hayan incidido causalmente en la producción del siniestro, podría resultar en aplicación ritual e irrazonable de la cláusula (E.D. 136-567)." En conjunción con otras particularidades de aquel caso, a cinco días del accidente el demandado De Leo obtuvo licencia en esta ciudad.

"Por ello –dije-, se puede concluir con facilidad que tenía 'idoneidad' para manejar. Dejo de lado la evidente desaprensión -y omito otros calificativos más merecidos- con que lo hacía. Es difícil suponer que esta clase de persona hubiera cambiado por la mera concurrencia a una clase de seguridad vial (para obtener la licencia del GCBA); ojalá lo haya hecho la circunstancia de quitar la vida a un semejante.

"En resumen, las cláusulas de exclusión de cobertura son en principio oponibles al damnificado. La exclusión por falta de habilitación para conducir es oponible a la víctima, pero si por las circunstancias del caso esa falta no ha incidido en la causación o la aplicación en el siniestro concreto aparece como carente de razonabilidad atendiendo a la finalidad prevista al instituirla, la aseguradora debe responder concurrentemente.

"Contrariamente a lo que expresara la juez de grado – concluí entonces-, me parece que en el caso no hay nexo causal entre no tener licencia y la actitud de pasar el semáforo en rojo. (...) La exclusión de cobertura por falta de habilitación se justifica ante la impericia o inidoneidad como agravación del riesgo."

III.

¿Qué tiene que ver aquel precedente con el supuesto bajo examen?

En aquel momento se discutía si la presunción de inidoneidad por carencia de permiso para conducir llevaba de la mano a considerar razonable, en el caso concreto, la exclusión de cobertura. Si era razonable que, por las circunstancias del caso, no tener vigente el permiso podía equipararse a impericia o inidoneidad. Esto, habida cuenta que es esto último lo que justifica la mentada exclusión.

Ahora lo que está puesto en discusión es si la mera negativa a realizar el 'test' de alcoholemia hace operativa por sí la exclusión por conducción en estado de ebriedad o intoxicación. La respuesta, en mi opinión, es francamente negativa en razón de las circunstancias antes señaladas relativas al aparente estado de normalidad de M.

Debemos analizar la razonabilidad de la "presunción de ebriedad" de quien se niega a realizar la prueba. Y su eficacia en los términos del art. 37 de la ley 24.240.

Ahora bien, en un paneo de la jurisprudencia advierto que en la mayor parte de los precedentes judiciales al respecto había prueba -por otras vías- de que el conductor tenía ciertas alteraciones más o menos importantes, o que incurrió en graves y demostradas infracciones a las reglamentaciones. En la especie eso no sucede. (Es más, en el caso no sabemos siquiera quién violó la prohibición de paso; bien pudo ser el propio demandante.) Y, en mi opinión, esto es sumamente relevante.

Porque lo que tornaría razonable la exclusión –al menos como principio- es el estado de ebriedad y no la mera negativa al 'test' de alcoholemia.

La víctima no es un tercero al que resulten indiferentes las cláusulas contractuales del seguro. Porque si el seguro contra la responsabilidad civil es obligatorio dado que la ley de tránsito lo exige (aun cuando la SSN le ponga el nombre de "voluntario" cuando supera algunas pautas cuantitativas mínimas de cobertura en su reglamentación), el foco, el centro de atención del sistema legal está en la protección de la persona

y los bienes del tercero damnificado y no en cubrir el patrimonio del asegurado.

En consecuencia, colocar a la víctima fuera de la cobertura obligatoria por el mero hecho de la negativa es irrazonable y no responde a necesidades técnicas del seguro sino a una comodidad ilícita y excesivamente favorable de las aseguradoras.

Les evita la demostración del estado de ebriedad y traslada irrazonablemente la carga de la contraprueba a la víctima, es una inversión de la carga probatoria.

En términos comparativos, es más fácil demostrar la ebriedad (cargada a un profesional, el asegurador) que el estado de sobriedad (cargado a la víctima). Estamos ante una suerte de "carga diabólica" de la prueba en cabeza del profano.

Por otro lado, constituye un ilegal traslado de carga probatoria, toda vez que a través de estipulaciones contractuales admitidas por un ente regulador del Poder Ejecutivo –que no regula adecuadamente- se modifica el sistema de cargas probatorias de los códigos procesales (arg. art. 989 del CCyC). Es regla que el demandado, el excepcionante, debe demostrar los presupuestos de hecho de su defensa o excepción (art. 377 del Código Procesal nacional).

De algún modo expresado en otros términos es que el juez de grado indicó, aludiendo al art. 377, que la aseguradora no había acreditado el supuesto de hecho señalado como causa de exclusión (fs. 447). No está claramente demostrada una injustificada negativa a la extracción de sangre y, en lo fundamental, no está demostrado algún grado de intoxicación del conductor. Que es, en realidad, lo que –estando a los términos de la póliza- excluiría la cobertura.

Concluyo: la "presunción de ebriedad" del conductor contenida en la póliza por la mera negativa a la detección de alcoholemia es una estipulación ilícita por contravenir los principios generales de la ley en materia de carga de la prueba. Y es irrazonable porque no responde a necesidades técnicas del seguro de responsabilidad civil automotor sino a una comodidad o descarga probatoria del asegurador en perjuicio del asegurado y los terceros damnificados.

En ese mismo orden de ideas, esa estipulación debe tenerse por no convenida en los términos del art. 37, inc. c), de la ley de defensa del consumidor, que determina la ineficacia de "[l]as cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor".

Da la impresión de que nada de esto ha sido advertido por la Superintendencia de Seguros de la Nación. No debería sorprender porque, como se dijera recientemente, "es preocupante comprobar la indiferencia e ineficacia del Estado nacional para llevar adelante esta tarea de vigilancia. Lo cierto es que nadie ignora que la mayoría de los contratos de adhesión, que deben pasar el control oficial, están plagados de estipulaciones abusivas, siendo emblemático el caso del contrato de seguro automotor que, a pesar de ser revisado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, contiene muchas estipulaciones que, sospechosamente, superan el control de la autoridad de aplicación." (Shina, Fernando E., "De los términos abusivos y cláusulas ineficaces en las relaciones de consumo. Los contratos de adhesión en la Ley de Defensa del Consumidor. Segunda Parte, 22-6-2021, www.saij.gob.ar Id SAIJ: DACF210115).

A pesar de algunas opiniones que no comparto o alguna interpretación errada, no concuerdo con la afirmación de que el tercero víctima de un accidente de tránsito en que esté involucrado un automotor asegurado sea, por esta última razón, un consumidor de seguros, o un dañado colateral -un 'bystander'- por la relación de consumo seguro. La cosa o el servicio deben ser la causa o el origen del daño cuya reparación se reclama. El seguro no daña por sí, no es la causa del daño derivado del accidente; tampoco es la cosa o servicio riesgoso. En incidentes viales el daño resulta de la circulación de una moto, de un automotor; puede ser un transporte u otro contrato o servicio; pero no del seguro.

Esto no quita que por otra vía el tercero damnificado esté impedido de impugnar esta ilicitud. Justamente, por no ser contratante no podría atacar una cláusula por abusiva pero podría atacar la ilicitud de la estipulación, su inadecuación al orden legal como un todo.

Por estos argumentos, creo que debe confirmarse el rechazo de la defensa de la aseguradora.

Finalizo con un comentario 'obiter dicta'. Si bien no parece ser el caso de autos, en un país como el nuestro -que, como bien señalara Nino hace varias décadas, es un país al margen de la ley- no habría que descartar que la admisión a rajatablas de la validez de esta "presunción de ebriedad" llevase a situaciones de colusión entre un ente asegurador transgresor y un asegurado transgresor e insolvente. Fácil sería que el insolvente se negare fraudulentamente a la prueba de alcoholemia a pesar de no haber ingerido una gota de alcohol.

IV.

En orden a los cuestionamientos relativos a la responsabilidad, el problema es bastante simple. La ley presume la responsabilidad objetiva de dueño y guardián de una cosa riesgosa, en la especie un automotor.

Para llegar a una sentencia ajustada a derecho no hace falta determinar quién infringió la prohibición de paso, el demandado debe demostrar una circunstancia eximente: en el caso, la culpa de la víctima evidenciada en que esta fue la infractora.

Así que carece de trascendencia la mayor o menor verosimilitud o fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos ofrecidos por el aquí actor. Aun cuando un análisis de sus dichos llevase a descartarla, la solución sería idéntica: el progreso de la acción. Reitero: son los demandados quienes deben demostrar que el motociclista pasó con luz roja; no carga el demandante la prueba de que cruzó o intentó cruzar habilitado.

V.

El informe pericial médico de fs. 324/7 no fue muy explicativo acerca del modo como llega a estimar una discapacidad del 17%.

Dijo el médico que el actor tiene secuelas cicatrizales (las describe y son varias) y signo-sintomatología derivada de su hombro derecho y de su muñeca derecha (fs. 324/5). En la respuesta a los puntos de pericia, en general hizo una remisión a las consideraciones previas.

Por ahí dice que el demandante no trabajó durante un mes. Esto surgió del interrogatorio (fs. 326).

Y concluyó con lo del 17%.

Inmediatamente obra un informe de Swiss Medical, que aclara que no actuó como ART, sino que M. estaba afiliado o tenía cobertura a través de un plan corporativo del Banco Santander Río (fs. 337).

A fs. 339, Caja de Seguros hace notar la insuficiencia de las explicaciones relativas al porcentaje de incapacidad. Y el Dr. M, en forma más que sucinta, responde: "[E]l porcentaje de incapacidad otorgado, surge de la sumatoria de los siguientes parciales: secuelas cicatrizales: 9% - secuelas a nivel del hombro: 5% - secuelas a nivel de la muñeca: 4% (esto a fs. 352).

El reclamante dejó su trabajo en el Banco Santander y con posterioridad pasó a laborar en Banco Macro.

Ante un reclamo inicial (efectuado en noviembre de 2016) de $144.000 por daños físicos, $50.000 por daño psíquico, $40.000 por daño moral, $28.800 por psicoterapia y $3.840 por tratamiento kinesiológico, el Dr. S. otorgó en valores históricos (agregó intereses a tasa activa desde el incidente vial, 19 de diciembre de 2014): $1.000.000 por incapacidad física y desestimó compensar gastos no demostrados; por incapacidad psíquica y tratamientos dio $600.000. A esto sumó $800.000 por daño moral y $60.000 por gastos médicos, de farmacia, movilidad y traslados.

Me parece mucho.

No voy a entrar en las discusiones relativas a "puntos de incapacidad". Pero sí voy a recordar que los peritos hacen una cuantificación de modo genérico, abstracto, y queda deferido al juzgador apreciar cómo esa minusvalía afecta realmente la economía general de la víctima.

Y es del caso que, por lo que surge del plexo probatorio, no hay más prueba de minusvalía particular que las manifestaciones unilaterales recogidas en la pericia psicológica. M sigue trabajando como empleado o funcionario bancario; sigue o seguía estudiando. Tampoco puedo presumir que las "secuelas a nivel hombro" y las "secuelas a nivel muñeca" (palabras del perito médico sin otra explicación) (o sea, inexplicadas) puedan llevar de la mano a un demérito económico de la magnitud de lo propuesto por el primer juzgador.

A falta de algo más preciso y prohibición de indexar, tenemos los intereses a tasa activa como impropio método de ajuste o nivelación. Hasta la fecha de la sentencia apelada el interés es igual a 224,64%. Esto significa, multiplicando el capital por 3,2464, que el millón de pesos llega a $3.246.400, los $600.000 de daño psíquico a casi $1.950.000 y el daño moral (valuado por el propio M bastante tiempo después en $40.000) arriba a $2.592.000. Reitero, me parece mucho. Al menos, estando a los parámetros que solemos manejar en la Sala.

La ley presume responsabilidad; la ley presume la existencia de algunos perjuicios económicos (diría en términos clásicos, 'patrimoniales') de acuerdo a las circunstancias del caso. Pero el principio general vigente con Código Civil ley 340 y CCyC ley 26.994 es que el actor debe probar el daño. Y la prueba, en la especie, es insuficiente y más que genérica para apoyar semejante cantidad de dinero.

Es que, frente a la insuficiencia o inexplicación pericial, solo la Caja de Seguros pidió aclaraciones, al actor le bastó que le dijese 17%.

Reitero apreciaciones que he efectuado antes de ahora: si la inexistencia de prueba sobre la cuantía de un daño obedece al desinterés del justiciable, la aplicación del art. 165 del Código Procesal -en tanto autoriza al Juez a fijar el importe de los perjuicios

reclamados aunque no se justificara el monto- debe hacerse con suma cautela. Esto así, porque de otro modo el sentenciante se subroga a la dirección letrada de la parte que debió probar el contenido patrimonial que pretende, lo que es de suyo arbitrario por destituir la igualdad de las partes ante el Juez (CNCiv., Sala B, 18-9-74, L.L.1975-C, 537, sumario 1230, citada por Morello y otros, Códigos Procesales..., 2ª ed. reelaborada, año 1986, t. II-C, pág.185).

Creo más prudente y cauteloso, ante el defecto probatorio y la nada explicativa del perito médico, reducir la cuantía del rubro discapacidad física a $500.000.

En relación a la psíquica, las "conclusiones" periciales de fs. 371 hacen pie en una cantidad de comentarios subjetivos del actor examinado. Que si trastornos del sueño, que si recurrentes pesadillas, que si agresividad u otras cosas como consecuencia de este accidente, no me parece acabadamente probado con el solo informe pericial. Voy a proponer reducir la cuantía –que el propio actor estimara en $78.800 (daño más psicoterapia)- a $120.000.

Más desajustado aparece el número dado por daño moral.

Para apreciar la existencia y magnitud del daño moral, el juez debe indagar introspectivamente. Ha dicho Bustamante Alsina en criterio que comparto y cito reiteradamente que "la indemnización del daño moral no está en función de la representación que de él se hace la víctima (no es concreto), sino en función de su constatación por el juez y de su evaluación objetiva (en abstracto) en el límite de lo reclamado en la demanda" (Bustamante Alsina, Jorge: L.L. 1996-A, 360) (El subrayado es mío). Zavala de González pone de resalto la paradoja de apreciar la agresión a una intimidad no accesible, que lleva a una percepción según evaluaciones del común de las personas. De tan subjetivo, las únicas pautas son exteriores. Los daños morales -explicason perceptibles por el juez (conf. Zavala de González, Matilde: *Resarcimiento de daños, ¿Cuánto por daño moral?,* Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág. 106).

Pero la introspección, la percepción del juez, no puede ser tan diferente a la de la propia víctima. Como principio, el monto del reclamo es un tope o techo. Lo dice la doctrina y lo dice cantidad de jurisprudencia. Pero en las actuales condiciones económico-financieras del país no nos atenemos estrictamente a ese límite. Esto así, puesto que los intereses a tasa activa a veces ni siquiera compensan la desvalorización monetaria.

De modo que propondré disminuir el importe a $120.000, que es el triple de lo pedido bastante tiempo después del accidente.

Algo similar sucede con el otro rubro deferido a la cuantificación judicial: el de gastos varios. Si sumamos el reclamo por gastos de farmacia, radiografías, etc. ($2.000), gastos de traslados ($2.000) y "controles traumatológicos" ($600) el total asciende a $4.600. Está claro que muchos de esos gastos —salvo traslados— deben haber sido cubiertos por su sistema de medicina prepaga, Swiss Medical.

A ello se adiciona que, como bien recuerda la parte demandada, no hay prueba de gastos. Ninguna. Así que $60.000 más intereses a tasa activa es demasiado (casi $200.000). Votaré una reducción a $5.000 ante la inexistencia de prueba documental.

VI.- Los intereses.

El juez los fijó a la tasa activa del plenario "Samudio".

Unos demandados quieren se cambie a una tasa pura, la Caja a una tasa pasiva. Consistentemente con lo determinado por el juez de grado (decimos que la sentencia de ambas instancias es una unidad lógico – jurídica) y por compartir la Sala el criterio, la tasa quedará en la activa.

Es cierto que cambia o altera la entidad económica, etc., pero eso tiene que ver con la situación del país y la persistente inflación. Y —más importante— es que la propuesta de disminución del capital va de la mano con la confirmación de la tasa. Si el juez impuso intereses a tasa activa es que los valores que determinara son "históricos", por más que no guste a los demandados.

En definitiva, voto por disminuir el importe del rubro incapacidad física a $500.000, el de incapacidad psíquica y tratamiento a $120.000; el daño moral a $120.000 y el de gastos generales a $5.000. Voto también por confirmar la sentencia en lo demás que fuera materia de agravio, con costas de alzada a cargo de los demandados, mayormente vencidos. Triunfaron en lo relativo a montos, pero fueron derrotados en lo referente a intereses, la responsabilidad y a la defensa de la aseguradora.

Por razones análogas a las expuestas por el Dr. *Liberman*, las Dras. *Iturbide* y *Pérez Pardo* votan en el mismo sentido.

Y vistos: Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se modifica la sentencia apelada, se fija el importe por incapacidad física en $500.000, el de incapacidad psíquica y

tratamiento en $120.000; el daño moral en $120.000 y el de gastos generales en $5.000; se confirma en lo demás que fuera materia de agravios. Costas de alzada a cargo de los demandados.

Difiérese regular los honorarios de alzada hasta tanto el tribunal de grado fije los de la instancia anterior.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Hácese saber que la eventual difusión de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo, del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. — *Víctor F. Liberman.* — *Marcela Pérez Pardo.* — *Gabriela A. Iturbide.*

PENSAMIENTO JURÍDICO

Páginas Clásicas

Notas sobre el precontrato

Antecedentes de derecho comparado (*)

Luis Moisset de Espanés

Sumario: I. Antecedentes.— II. Análisis de la cuestión en el derecho comparado.— III. Códigos americanos.— IV. Conclusión.

I. Antecedentes

La denominación de "precontrato" es traducción literal del vocablo alemán *Vorvertrag* y es un concepto jurídico que responde a una construcción eminentemente doctrinal, escasamente útil en la práctica negocial. Aclaremos: decimos que las construcciones doctrinales sobre el tema resultan escasamente útiles; pero los contratos preparatorios sí son útiles y muy empleados en la práctica negocial.

Como lo señala José Alguer **(1)** en un excelente trabajo publicado en 1935, el alemán Degenkolb fue el primer autor que se ocupó sistemáticamente de esta categoría jurídica **(2)**.

En su elaboración conceptual y posterior desenvolvimiento, la dogmática pandectista ha desempeñado un papel destacado.

Sucede a veces que el contrato definitivo no puede celebrarse de inmediato, sea porque existe un obstáculo actual que lo torna imposible, sea simplemente porque hay algunas dificultades materiales o jurídicas para otorgarlo en ese momento; en otros casos no se quiere realizar ya un contrato, para eludir una publicidad inconveniente, o para evitar los gastos de dos escrituras públicas, y por ello se celebra esta convención que la doctrina denomina "precontrato", y también "antecontrato", "promesa de contrato", "contrato preparatorio", etcétera **(3)**.

Las partes han superado la mera etapa de "tratativas" y quieren vincularse de algún modo que les ofrezca la seguridad de que, llegado el momento, se concluirá el contrato definitivo.

El maestro Federico de Castro señala que el *iter* negocial presenta varias etapas, que comienzan con lo que él denomina "promesa de contrato", en la que ya se establecen los elementos que han de integrarlo, y culmina con el "contrato definitivo". Sostiene, entonces, que no es posible concebir el llamado "precontrato" sino contemplándolo en relación con el contrato definitivo que las partes pretenden celebrar **(4)**.

Lo que nos parece importante destacar es que el derecho reconoce que hay una serie de vinculaciones, de distinto grado, que se presentan en la realidad de la práctica negocial y que las partes desenvuelven en cada caso concreto para conseguir unos resultados económico-jurídicos que satisfagan sus legítimos intereses. Sea que se les llame "promesas de contrato", "precontratos" o "contratos preliminares", tienen ellas de común que existe una cierta voluntad de las partes de establecer el vínculo definitivo, y que contienen en sí los elementos que servirán para caracteri-

(*) Publicado en La Ley 1990-D, 775.

(1) ALGUER, José, "Para la crítica del concepto de precontrato", Ed. Revista Derecho Privado, Madrid, 1935, ps. 322 y 427.

(2) DEGENKOLB, "Zur Lehre vom Vorvertrag", *Archiv. fur die Civilistische Praxis*, n. 71, 1887, ps. 2. y ss. (cit. por Alguer).

(3) Ver LÓPEZ de ZAVALÍA, Fernando J., "Teoría de los contratos. Parte general", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1984, 3ª ed., par. 6-II, p. 89.

(4) CASTRO, Federico de, "La promesa de contrato. Algunas notas para su estudio", *Anuario de Derecho Civil*, 1950-IV, ps. 1135 y ss.

zarlo. Se trata, pues, de un negocio que se desenvuelve en dos fases sucesivas: el "precontrato" y el contrato definitivo, y lo que debe procurarse es determinar los efectos jurídicos que produce esa primera etapa, cualquiera sea el nombre que se le dé.

Es menester, además, tener conciencia de la variedad de situaciones que suelen acogerse bajo la denominación genérica de "precontrato" y, sin dedicarse a excesivas abstracciones, señalar que las partes recurren al "precontrato", para prefijar las características del contrato "definitivo" y establecer ya un vínculo jurídico que haga exigible en un momento "futuro", cuando desaparezcan las razones que impedían o hacían inconveniente su celebración actual.

II. Análisis de la cuestión en el derecho comparado

II.1. Derecho alemán

Ya hemos dicho que Degenkolb fue el primero que se ocupó de manera sistemática del "precontrato", y sus trabajos provocaron críticas y elogios. Nos limitaremos aquí a recordar que Adler toma la idea para aplicarla en el campo de los "contratos reales", y buscar en ella la posibilidad de una eventual coacción para el cumplimiento de una "promesa de mutuo".

Esta preocupación de la doctrina se va a reflejar luego en la obra del legislador y así vemos que aunque el B. G. B. no incluye una regulación general del "precontrato", acoge al menos en el art. 610 su aplicación en el caso del mutuo oneroso, aunque lo hace de manera indirecta, pues al señalar un caso en que se puede revocar la promesa, está indicando que en las otras hipótesis la mera "promesa de mutuo" es exigible, a diferencia de lo que ocurre por lo general en materia de contratos reales (ver en nuestro Cód. Civ. el art. 2244).

Además hay que dejar constancia de que el BGB regula la "promesa pública de recompensa" (*Auslobung*), en los parágs. 657 y ss., pero esta hipótesis se diferencia de los "precontratos", porque aquí se concede eficacia jurídica a la declaración unilateral de voluntad.

II.2. Derecho austríaco

El Código Civil austríaco (ABGB), sancionado el 07/07/1811 es —entre los códigos de su tiempo— el que establece una regulación más completa de los efectos de estas convenciones a las cuales la doctrina denomina "precontratos". Vemos así que el art. 936 expresa: "El acuerdo de concluir un contrato en el futuro obliga cuando en él se determina, tanto el tiempo en que había de concertarse el contrato, como sus elementos esenciales, y en tanto las circunstancias no hayan cambiado de modo tal que por eso el fin expresamente establecido o el que se desprende de las circunstancias se haya hecho imposible, o que se haya perdido la confianza de una parte en la otra. El cumplimiento de tales promesas debe realizarse en el año siguiente al momento de la estipulación, extinguiéndose en otro caso el derecho".

Destacamos ya en esta norma dos puntos que tienen —a nuestro criterio— singular importancia: a) la exigencia de que en el acuerdo preliminar se encuentren determinados todos los elementos esenciales del contrato definitivo; y b) la fijación de un plazo de caducidad, vencido el cual el acuerdo pierde su fuerza obligatoria, "extinguiéndose el derecho".

Con relación a los clásicos contratos reales de depósito, comodato, mutuo y prenda, se admite que la promesa de entrega tendrá fuerza vinculante (arts. 957, 971, 983 y 1368, respectivamente, del ABGB).

Señalamos, también, que la jurisprudencia del más alto tribunal austríaco sostiene que la "opción" no es un precontrato, sino que integra el "contrato definitivo", pues quien opta puede directamente exigir cumplimiento y no meramente la "celebración del contrato", como sucedería si se tratase de un "precontrato".

II.3. Derecho suizo

La obligatoriedad de los acuerdos o promesas previas recién se aceptó a partir de la sanción del nuevo Código federal suizo de las Obligaciones en 1911, cuyo art. 22 expresa que "la obligación de celebrar una convención futura puede asumirse contractualmente", pero a continuación

exige que esta promesa de contratar, para su validez, esté subordinada a la observancia de las mismas formas que se exigen para el contrato definitivo.

La doctrina suiza, en líneas generales, es adversa a la aceptación de los precontratos y así Von Thur **(5)** considera que solo se justifican los siguientes casos:

1) Cuando las inscripciones en el Registro de la Propiedad se extiendan con base en un contrato que se celebrará en el propio Registro.

2) Otorgamiento de una escritura abstracta de deuda, en especial si versare sobre títulos valores (títulos al portador, letras de cambio).

II.4. Derecho italiano

El viejo Código de 1865, inspirado en el Código Civil francés, dispone que la obligación de celebrar un contrato solo da lugar al resarcimiento de daños en caso de incumplimiento.

Sin embargo, ya en 1896 Leonardo Coviello, siguiendo la teoría de Degenkolb, introduce en la doctrina italiana el concepto de "precontrato" como un acuerdo de voluntades entre dos partes que tiene por objeto la recíproca prestación del consentimiento para la celebración de un contrato futuro.

Al influjo de estas ideas, el nuevo Código Civil de 1942 regula la figura del "contrato preliminar" en el art. 1351, considerándolo como un acuerdo de voluntades encaminado a la posterior celebración de un contrato definitivo y, por tanto, requiere todos los requisitos esenciales del contrato principal proyectado para que tenga eficacia propia, en especial la forma, considerando que de no tener la misma exigida para el contrato definitivo el acuerdo será nulo.

La ubicación que el "Códice" ha dado a esta norma, en el capítulo que trata de los requisitos del contrato (sec. IV, cap. 2º, tít. II, Lib. IV), pone de manifiesto el carácter general que el legislador ha conferido a la figura del "precontrato".

Parece conveniente señalar que este dispositivo debe concordarse con el art. 2932, que regula el supuesto de ejecución específica de la obligación de celebrar el contrato, expresando: "Si aquel que está obligado a celebrar un contrato no cumple su obligación, la otra parte, siempre que sea posible y el título no lo excluya, podrá obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no celebrado".

La bibliografía sobre "contratos preliminares" es abundante en la literatura jurídica italiana, y a ella remitimos **(6)**.

Además en el Código Civil de 1942 se prevén las ofertas al público (art. 1336), prohibiendo su revocación —incluso frente a quienes no las conozcan— siempre que contengan los elementos esenciales del contrato que persiguen como fin último.

Como casos especiales de contratos preliminares, están regulados la "promesa de compraventa", en el art 1385, en relación con las arras confirmatorias, y la promesa de mutuo, en el art 1822, que reproduce casi literalmente el parág. 610 del BGB.

II.5. Derecho portugués

El viejo Código del marqués de Seabra seguía en este punto los lineamientos del derecho francés y en su art. 1548 se refería a la promesa de compra y venta, convención que tenía por objeto la posterior celebración del contrato.

El nuevo Código de 1966 ha renovado el tratamiento del problema, y en el art. 410 dispone:

"1. La convención por la cual alguien se obliga a celebrar cierto contrato está sometida a las disposiciones legales relativas al contrato prometido, excepto las relativas a la forma y a las que por su razón de ser no deban considerarse extensivas al contrato-promesa.

"2. La promesa relativa a la celebración de contrato para el cual la ley exija documento —sea au-

(5) Von THUR, A., "Tratado de obligaciones", Ed. Reus, Madrid, 1934, t. I, ps. 188 y ss., trad. W. Roces.

(6) Ver, por todos, BARBERO, Domenico, "Derecho privado", Ed. EJEA, Buenos Aires, 1967, t. I, n. 229, p. 483, trad. de S. Sentís Melendo, y autores allí citados (Coviello, Montesano, Satta, Carusi, Chiovenda, etc.).

téntico, sea particular—, solo valdrá si constase en documento firmado por los promitentes".

El legislador ha denominado esta figura "contrato promesa", siguiendo los trabajos del profesor Vaz Serra **(7)**, aunque algunos autores opinan que sería más acertado llamarlo "contrato-promesa de contratar" **(8)**.

Debe señalarse que se regulan a continuación las "promesas unilaterales", que solo vinculan a un sujeto, estableciendo que deben tener un límite temporal de duración, y que si no lo tuviesen, el juez, a requerimiento del promitente, podrá fijar un plazo de caducidad de la promesa.

En cuanto a los "pactos de opción", de "preferencia", o de "retroventa", no quedan incluidos dentro de la figura del "precontrato" o "contrato-promesa", porque en tales casos no es necesario emitir una nueva declaración de voluntad, sino que una de las partes se limita a ejercer un derecho potestativo, que surge de un acuerdo contractual anterior.

Parece importante destacar que, en lo relativo a la exigencia de formas, la ley portuguesa se aparta del modelo italiano para seguir la doctrina vernácula, por lo que se ha dicho: "aunque el contrato prometido debiera celebrarse por escritura pública, es suficiente la promesa en un documento escrito" **(9)**, con solo la limitación contemplada en el inc. 2º del mismo art. 410.

Más adelante, en el art. 830, el Código regula los efectos del incumplimiento de estas promesas de contratar, disponiendo:

"1. Si alguien estuviese obligado a celebrar cierto contrato y no cumpliese la promesa, la otra parte puede —a falta de convención en contrario— obtener sentencia que produzca los efectos de la declaración negocial del incumplimiento, siempre que a ello no se oponga la naturaleza de la obligación asumida.

"2. Se interpreta como convención en contrario, la existencia de señal, o la fijación de una pena para el caso de incumplimiento de la promesa.

"3. Tratándose de contratos en los cuales al obligado le sea lícito invocar la excepción de incumplimiento, la acción será improcedente si el requirente no consignase en depósito su prestación en el plazo que le fuese fijado por el tribunal".

Esta norma incorpora al derecho portugués una solución similar a la que encontramos en el art. 2392 del Cód. Civil italiano, con algunas innovaciones limitativas, como las que se enuncian en los incs. 2º y 3º.

Así, por ejemplo, no se admite la intervención de la justicia, atendiendo a la naturaleza de la obligación asumida (inc. 2º), cuando los contratos tuviesen por objeto servicios personales. Se procura también evitar que una de las partes quede imposibilitada de invocar la excepción de incumplimiento (inc. 3º), propia de los contratos con obligaciones recíprocas; así, en caso de una promesa de compraventa, el tribunal no podría dictar sentencia que forzase la venta si el promitente comprador no depositase el precio en el plazo que se fijase, para que no suceda que el promitente-vendedor quede despojado de la cosa sin recibir al mismo tiempo el precio.

Los derechos y obligaciones que engendra el "precontrato" o "promesa de contrato", son transmisibles —en principio— tanto por actos entre vivos, como por causa de muerte (art. 412, inc. 1º). Recordemos que el moderno Código portugués no se limita a legislar sobre la "cesión de créditos", como lo hace nuestra ley civil, sino que se ha ocupado con detenimiento de la "cesión de posición contractual" (arts. 424 y ss.), y como la promesa de contrato es considerada un verdadero contrato preliminar, los derechos de las partes son susceptibles de cesión.

Sin embargo no habrá lugar a la transmisión de los derechos y obligaciones cuando, de acuerdo a la voluntad de los contrayentes o a las propias circunstancias del contrato, sean *intuitu personae.*

(7) VAZ SERRA, Adriano Paes, "Contrato-promessa", *Bol. do Ministerio da Iustiça*, nro. 76.

(8) PIRES de LIMA, Fernando Andrade – ANTUNES VARELA, João de Matos, "Código Civil anotado", Ed. Coimbra, 1967, t. I, p. 272.

(9) *Ibid.*

Antunes Varela **(10)** ejemplifica estas situaciones con los casos de promesa de mandato, arrendamiento, trabajo y prestación de servicios en general.

La regulación del precontrato en el nuevo Código de Portugal provocó no solamente interés en la doctrina —que estudió estas promesas con detenimiento **(11)**—, sino también una serie de planteos litigiosos, vinculados especialmente con las promesas de venta de inmuebles, que hicieron necesario el dictado de normas que complementaran lo dispuesto en los arts. 410 y 830. Vemos así que en 1980 se modificaron esas normas **(12)**, y nuevamente se les introdujo cambios en 1986 **(13)**. Al art. 410 se le agregó un inc. 3º, que dispone:

"3. En el caso de promesa relativa a celebración de contrato oneroso de transmisión o constitución de derecho real sobre edificio, o fracción autónoma de él, ya construido, en construcción o a construir, el documento referido en el número anterior debe contener el reconocimiento presencial de la firma de promitente o promitentes y la certificación, por escribano, de la respectiva licencia de uso o construcción; sin embargo, el contratante que promete transmitir o constituir el derecho solo puede invocar la omisión de estos requisitos cuando la misma haya sido causada culposamente por la otra parte".

De manera concordante se agregó al art. 830 un inc. 4º, vinculado con el mismo problema.

II.6. Polonia

También en algún Código Civil de la órbita socialista se ha regulado la "promesa de contrato". Así encontramos en el Código polaco de 1966 las previsiones contenidas en sus arts. 389 y 390, que expresan:

"Art. 389. La convención por la cual una o ambas partes se comprometen a celebrar un contrato (precontrato) debe determinar las disposiciones esenciales del contrato prometido y el plazo dentro del cual debe celebrarse".

"Art. 390. 1. Si la parte obligada a celebrar un contrato prometido incumple esta obligación, la otra parte puede reclamar la reparación de los daños que ha sufrido por la frustración del contrato.

"2. Sin embargo, si el precontrato satisface las condiciones que darían validez al contrato prometido y, en particular, las condiciones de forma, se podrá reclamar ante la justicia la celebración del contrato.

"3. Las pretensiones contempladas más arriba prescriben al año contado desde el día en que el contrato prometido debió celebrarse. Si el tribunal o la comisión de arbitraje del Estado rechaza la demanda de celebración del contrato prometido, la acción de reparación de daños prescribirá al año contado desde el día en que la sentencia adquirió la autoridad de cosa juzgada".

Los efectos del precontrato no se limitan a la acción de reparación de daños, sino que abren la vía judicial para reclamar la celebración forzada del contrato definitivo, siempre que el "precontrato" cumpla los requisitos previstos en el inc. 2º del art. 390.

En este punto el Código polaco parece excesivamente exigente, especialmente en cuanto requiere que el precontrato tenga la misma forma que deberá tener el contrato definitivo. Si se estableciese una exigencia similar en nuestro derecho, se quitaría toda validez a las promesas de compraventa de inmuebles efectuadas en instrumentos privados (boletos de compraventa).

III. Códigos americanos

Nos ocuparemos ahora del problema en algunos Códigos americanos modernos en los que ha encontrado acogida la construcción doctrinaria del precontrato.

(10) ANTUNES VARELA, João de Matos, "Das obrigações em geral", Liv. Almedina, Coimbra, 1970, n. 66, p. 218.

(11) A los autores mencionados en notas 7, 8 y 10, podemos agregar estudios de MENEZES CORDEIRO (*Bol. Min. Just.*, 306, p. 27); PEREIRA DELGADO; BAPTISTA LOPES; ALMEIDA COSTA; PESSOA JORGE, etc. (cit. en el NETO, Abilio – MARTINS, Herlander, "Código Civil anotado", Liv. Petrony, Lisboa, 1987, 6a. ed., art. 410).

(12) Dec.-ley 236/1980, del 18 de julio.

(13) Dec.-ley 379/1986, del 11 de noviembre.

III.1. México

El Código del Distrito Federal, de 1928, en la Segunda Parte del Libro Cuarto, dedica el Título Primero (arts. 2243 a 2246) a "los contratos preparatorios" o "promesas".

Al legislar estos puntos se inspiró principalmente en las soluciones consagradas en el art. 22 del Código suizo de las Obligaciones.

Afirma que "puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro" (art. 2243), y que esa promesa, o "contrato preliminar", puede ser unilateral o bilateral (art. 2244).

El principal efecto de la promesa de contrato será engendrar la "obligación de hacer" el contrato respectivo, que deberá ajustarse a las condiciones ofrecidas (art. 2245).

Si rehusara cumplir estas obligaciones, se lo podrá condenar judicialmente a hacerlo y en caso de que la principal obligación fuese suscribir los instrumentos necesarios para dar forma legal al contrato definitivo, el juez podrá sustituirlo firmándolos en su lugar (art. 2247).

Por supuesto que si el contrato tiene como objeto la entrega de una cosa, y esta ha pasado a manos de un tercero de buena fe, la prestación se tornará imposible, y la única solución será reclamar la indemnización de daños y perjuicios.

Finalmente, destacamos que se exige que la promesa de contrato conste por escrito, contenga los elementos característicos del contrato definitivo y tenga una limitación temporal (art. 2246).

III.2. Bolivia

El nuevo Código de Bolivia, de 1975, pese a mantener elementos estructurales y de contenido del anterior, que había sufrido una fuerte influencia de la codificación napoleónica, ha receptado numerosas figuras modernas, y entre ellas la del contrato preliminar, a la que dedica el art. 463:

"I. El contrato preliminar, sea bilateral o unilateral, para la celebración de un contrato definitivo en el futuro, debe contener los mismos requisitos esenciales que este último, bajo sanción de nulidad.

"II. Si las partes no han convenido plazo para la celebración del contrato definitivo, lo señalará el juez.

"III. La parte que no cumpla queda sujeta al resarcimiento del daño, salvo pacto o disposición diversa de la ley".

En los contratos especiales encontramos la admisión expresa de la promesa de mutuo (art. 906) que podrá ser revocada si el patrimonio del mutuario ha sufrido variaciones que hagan peligrar su restitución.

III.3. Perú

Proseguimos nuestro análisis de legislación comparada refiriéndonos al moderno Código Civil de Perú de 1984 que en la Sección Primera del Libro VII incluye un título (arts. 1414 a 1425), dedicado a los contratos preparatorios.

Procuraremos resumir sus previsiones. Comienza dando el concepto de estos contratos, a los que caracteriza por el hecho de que contienen el compromiso de las partes de celebrar en el futuro un contrato definitivo.

Uno de los autores del nuevo Código, Arias Schreiber, aclara que este compromiso de contratar puede tener en vista tanto un convenio con obligaciones unilaterales, como uno del que surjan prestaciones recíprocas **(14)**, aunque la norma no lo diga expresamente como el art. 2244 del Cód. de México, o el inc. I del art. 463 del Cód. boliviano.

El compromiso debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del futuro contrato (art. 1415), y tendrá un plazo de validez que no podrá extenderse a más de un año (art. 1416).

Si una de las partes se negase injustificadamente a cumplir el contrato, la otra podrá optar por exigir judicialmente su celebración, o impedir que se deje sin efecto el compromiso de contratar, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios (art. 1418).

En el título que hemos mencionado se regula también el contrato de opción que, como hemos

(14) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, "Exégesis del Código Civil peruano de 1984", San Jerónimo, Lima, 1988 t. I, p. 184, 3a. ed.

dicho, no es un verdadero precontrato. Sobre el particular Max Arias manifiesta que es necesario distinguirlos, ya que "si bien es exacto que existen puntos coincidentes entre ambos, particularmente en lo que se contrae a su proyección futura, en el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar un contrato definitivo, mientras que en el contrato de opción su ejercicio tiene carácter automático" **(15)**.

Esta fusión en un título del precontrato y el contrato de opción tiene como fuente la opinión de Manuel de La Puente y Lavalle que consideraba necesario considerarlos en conjunto "como dos formas alternativas de contratos preparatorios" **(16)**.

Finalmente el art. 1425 exige, bajo pena de nulidad, que los contratos preparatorios se celebren en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo, lo que restringe sobremanera su campo de aplicación.

III.4. Paraguay

Hasta 1986 estuvo en vigencia en Paraguay el Código de Vélez, es decir el mismo Código argentino, en el cual solamente se encuentran referencias como la del art. 1185, que trata de los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública se efectuaron en instrumento privado y que valdrán como contratos de los cuales surge la obligación de hacer.

Una previsión similar se mantiene en el nuevo Código en el artículo 701; se han incorporado también dos artículos sobre las promesas de compraventa **(17)**, y uno sobre la promesa de mutuo **(18)**, pero no se han regulado sistemáticamente las promesas de contrato, o precontratos, a diferencia del Anteproyecto De Gasperi, que lo había hecho bajo la denominación de "contrato de opción" (arts. 1089 a 1094).

III.5. Proyecto colombiano

A principios de 1980 el gobierno de Colombia designó una Comisión para que encarase el estudio de la Reforma del Código Civil. Uno de sus miembros, el profesor Arturo Valencia Zea, elaboró un Anteproyecto que ese mismo año fue impreso por la Superintendencia de Notariado y Registro.

El autor del Anteproyecto manifestaba en la Exposición de motivos que "las promesas de contrato reciben un tratamiento lógico (artículos 460 y 461)", con lo que "se corrige y mejora el sistema de las leyes 153 de 1887, y 51 de 1918" **(19)**.

La Comisión adoptó con ligeras variantes el Proyecto de Valencia Zea, modificando la nume-

(15) *Ibid.*, p. 186.

(16) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, "Estudios del contrato privado", Ed. Cultural Cuzco, Lima, 1983, t. I, ps. 435 y 458, donde llega a la conclusión de que "conviene legislar sobre los contratos preparatorios de cualquier clase de contratos definitivos. Los contratos preparatorios se dividen en: a) contratos de contratar; y b) contratos de opción".

(17) Dispone el nuevo Código paraguayo: "Art. 784. El contrato por el cual una persona se compromete a vender o a comprar de otra alguna cosa por un precio y en un plazo determinados, producirá los efectos de la compraventa desde que el estipulante declare en tiempo propio su voluntad de comprar o de vender".

"Art. 785. La promesa de comprar o vender deberá hacerse efectiva dentro del plazo estipulado por las partes. Si no se lo fijó, el plazo será el máximo admitido por la ley para el arrendamiento. La misma limitación regirá para el plazo convencional".

(18) El art. 1293 del nuevo Código paraguayo dispone: "La mera promesa de mutuo será obligatoria para ambos contratantes cuando fuere a título oneroso, y solo para el promitente en caso de serlo a título gratuito.

El autor de la oferta podrá revocarla y negarse a la entrega, si quien debiere recibir la cosa experimentare una disminución de su responsabilidad patrimonial que pusiere en riesgo su reintegro. Si tal situación ya existía al convenirse la promesa, tendrá el mismo derecho siempre que entonces lo hubiere ignorado".

Esta norma es reproducción textual del art. 2013 del Anteproyecto de De Gasperi, que sigue la inspiración del derecho italiano y alemán, sobre todo en el segundo párrafo del artículo, que corresponde al art. 1882 del Código italiano.

(19) Anteproyecto colombiano de Valencia Zea: "Art. 460. La promesa bilateral de celebrar un contrato, debe reunir los siguientes requisitos: 1) Constar por escrito. 2) Señalar el plazo o condición que indique la fecha de celebración del contrato. 3) Contener todos los elementos esenciales del contrato, de manera que para perfeccionarlo solo falten las formalidades legales o la determinación de puntos secundarios o accidentales".

"Art. 461. Mediante la promesa unilateral del contrato (opción) una de las partes se obliga a celebrar un contrato, si la otra parte resuelve celebrarlo. Si se trata de una opción que implique enajenación de un inmueble, se requiere un escrito. Si la opción no estuviere sometida a un término o a una condición será ineficaz".

ración y el contenido de algunas normas, entre ellas las que a nosotros nos interesan, que ahora, bajo la leyenda: "Las promesas de contrato", expresan:

"Art. 454. Todo contrato puede ser prometido.

"La promesa bilateral de celebrar un contrato de enajenación de inmuebles deberá constar por escrito, señalar el plazo o condición que indique la fecha de su celebración y sus elementos esenciales o la forma de determinarlos.

"El contrato prometido se celebrará en la notaría que señalen las partes. Si estas no la hubieren indicado, la escritura se correrá en la notaría que corresponda a la situación del inmueble. Si hubieren varias se otorgará en la primera.

"Si en el municipio en que está ubicado el inmueble no hubiere notaría, la escritura se correrá en la que sea cabecera del respectivo círculo notarial, dándose aplicación al párrafo anterior si hubieren varias".

"Art. 455. Mediante la promesa unilateral del contrato (opción) una de las partes se obliga a celebrar un contrato, si la otra resuelve celebrarlo.

"Si se trata de una opción que implique enajenación de un inmueble, se requiere un escrito.

"Si la opción no estuviere sometida a un término, este será de un año. También podrá someterse a una condición".

Lamentablemente el texto del art. 454 del proyecto colombiano ha perdido claridad, al recargarse excesivamente con detalles intrascendentes, respecto de la escribana que deberá autorizar el documento definitivo. Consideramos muy superior el que había elaborado Valencia Zea en su Anteproyecto, que hemos reproducido en nota 19.

IV. Conclusión

Hemos sostenido la inutilidad de las discusiones teóricas sobre la naturaleza jurídica y denominación del "precontrato", que a veces confunden en lugar de aclarar el panorama.

Sin embargo, consideramos útil regular legislativamente los efectos de estas promesas o convenios, que pueden ser aplicables en cualquier tipo de contratos pero que —sin duda— tienen máxima difusión en la compraventa inmobiliaria, e incluso en el mutuo dinerario.

En nuestro país, la "unificación de las obligaciones civiles y comerciales" puede ser oportunidad propicia para tratar el tema de manera sistemática, aunque lamentablemente el Proyecto que cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados no se ha ocupado de él.

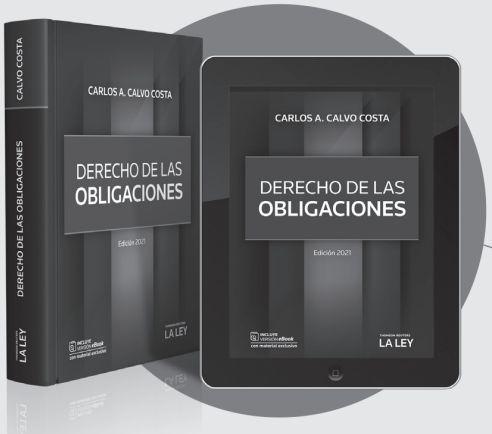
Si llega ese momento, los antecedentes de la legislación comparada pueden ofrecernos ejemplos útiles, si sabemos adaptarlos debidamente a nuestra realidad negocial.

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

DERECHO DE LAS OBLIGACIONES
EDICIÓN 2021
Carlos A. Calvo Costa

2021



1 Tomo
Disponible en
papel y en versión
eBook.

La obra se encuentra estructurada de conformidad con los programas de estudio de la mayoría de las carreras de abogacía en las distintas universidades, con dos amplios bloques, lo que facilita el estudio por parte de los alumnos. La primera parte está referida a la Teoría General de la Obligación, donde el lector encontrará el análisis de la relación jurídica de la obligación y sus elementos, los efectos que produce una obligación, incluyendo no solo la ejecución forzada ante su incumplimiento, sino también las medidas y acciones conservatorias del patrimonio del deudor. Contiene también un profundo análisis de las clasificaciones de las obligaciones, tal como la establece el Código Civil y Comercial con la problemática y efectos de cada una de ellas y, además, la difícil cuestión de la transmisión de las obligaciones, como es la cesión de créditos y la transmisión de las deudas, y un profundo análisis de todos los modos extintivos de las obligaciones.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam