

RCyS

REVISTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

DIRECTOR:

ALBERTO J. BUERES

Año XXIV | Número 2 | Abril 2022

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.: 0810-266-4444

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

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

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

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

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de mayo de 2022, 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

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

Año XXIV | Número 2 | Abril 2022

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 Covi
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

DOCTRINA

El derecho a la cuantificación plena y razonablemente fundada de los daños. Especial referencia a los casos de incapacidad permanente <i>G. Elizabeth Schmieloz</i>	3
--	---

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

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.....	17
¿Responde el concesionario de una autopista por hechos delictivos de terceros? <i>Maximiliano Cossari</i>	25
MALA PRAXIS OBSTÉTRICA Daño neurológico. Nudo de cordón umbilical. Hipoxia isquémica. Actitud pasiva frente a la disminución de los latidos del feto. Omisiones en la historia clínica. Procedencia.	29
Responsabilidad médica ante graves secuelas en recién nacida. Procedencia de la demanda de daños contra el obstetra, la obra social y la clínica demandados, y sus aseguradoras <i>María Carolina Caputto</i>	45

JURISPRUDENCIA

RESPONSABILIDAD POR LA MUERTE DE UN ANIMAL Perro dejado en una veterinaria para su bañado y secado. Golpe de calor. Muerte del animal. Responsabilidad civil. Obligación de seguridad. Daño moral.....	57
SEGURO DE AUTOMOTOR Robo. Falta de respuesta y cobertura tras la denuncia. Privación de uso. Daño moral. Daño punitivo....	61

RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DEPORTIVAS

Lesiones causadas por un masaje. Relación causal. Procedencia de la demanda contra la masajista y el club..... 72

CONTRATOS DE OBRA

Daños derivados de la construcción de una vivienda. Albañil que sufrió una fractura de tobillo al caer de un andamio. Inexistencia de relación laboral. Inaplicabilidad de la normativa laboral. Negligencia en el cuidado de las cosas para realizar la actividad. Rechazo de la pretensión indemnizatoria. 77

COMPETENCIA EN EL CONTRATO DE SEGURO

Determinación según lo establecido en la póliza. Condiciones particulares y específicas. 82

SEGURO DE VIDA

Designación de beneficiarios. Locuciones técnico-legales. Deber de información. Legitimación del concubino. Omisión de pronunciarse sobre el derecho del asegurado..... 83

ACCIDENTE DE TRÁNSITO

Apertura de puerta de un auto estacionado que impactó contra una motocicleta. Culpa concurrente. Exceso de personas transportadas. Falta de uso de casco. Responsabilidad del padre. Eximente de responsabilidad..... 92

DOCTRINA

El derecho a la cuantificación plena y razonablemente fundada de los daños

Especial referencia a los casos de incapacidad permanente

G. Elizabeth Schmieloz (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso y la solución.— III. El derecho a obtener la reparación plena de los daños injustamente sufridos.— IV. El deber de los jueces de dictar sentencias razonablemente fundadas.— V. El adecuado alcance indemnizatorio del rubro incapacidad permanente.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) en fecha 2 de septiembre de 2021, con voto de los Sres. presidente Dr. Carlos Rosenkrantz y ministro Dr. Ricardo Lorenzetti en autos: “Grippto, Guillermo Oscar; Claudia P. Acuña y otros c. Campos, Enrique Oscar y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c. les. o muerte)”, nos exige garantizar el cumplimiento y ponderar todos los aspectos involucrados en el principio de la reparación plena del daño hoy consagrado en el art. 1740 del Cód. Civ. y Com., pero ya vigente desde los albores del proceso de constitucionalización del derecho de daños argentino (1).

(*) Abogada (UNT). Doctora en Derecho (UNT), con calificación Summa Cum Laude. Especialista en Derecho de Daños (UNL). Secretaria de Posgrado, Facultad de Derecho (UNT). Prof. asociada de Derecho de Daños y Derecho del Consumidor (UNT). Coordinadora académica de la Especialización en Derecho de Daños, Diplomatura en Derecho Privado y directora de la Diplomatura en Asesoramiento Jurídico de la Empresa y el Mercado (UNT). Autora del libro “La dimensión patrimonial del daño permanente a la integridad psicofísica. Su valuación judicial”, Ed. Bibliotex, 2018.

(1) Recordemos que un punto de partida del proceso de constitucionalización del derecho de la Responsabili-

dad Civil —o del Derecho de Daños— puede situarse en el año 1986, cuando el *alterum non laedere* o deber genérico de no dañar a otro fue consagrado por la CS como un principio general del derecho, anidado en el art. 19 de la CN y reconocidos a través de aquellos tres pronunciamientos emblemáticos del día el 5 de agosto de 1986 en los casos “Gunther” Fallos: 308:1160: “Gunther, Fernando Raúl c. Estado Nacional (Ejército Argentino) s/ sumario” (1986); “Santa Coloma” Fallos: 308:1160, “Santa Coloma, Luis Federico y otros c. EFA”, 05/08/1986 y “Luján” Fallos, 308:1109. A partir de allí se denotó la estrecha vinculación entre el contenido de la CN y el Derecho de Daños. (Cfr. CALVO COSTA, Carlos, “El derecho constitucional a la reparación plena. Su recepción en el Código Civil y Comercial” RCyS 2016-VI, 5 Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1391/2016, 2016, 3).

El consid. 4º del tribunal destaca lo expresado por el señor Procurador Fiscal: “la reparación in-

tegral 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, consid. 4º; 316:1949, consid. 4º, y 340:1038; entre otros)” (*sic*).

Sin pretender acotar su mayor proyección, resalto tres ejes destacables de esta sentencia: 1) la naturaleza y el alcance del derecho a obtener la reparación plena de los daños injustamente sufridos; 2) el deber de los jueces de dictar sentencias razonablemente fundadas y 3) el adecuado alcance indemnizatorio del rubro incapacidad permanente. El fallo nos aporta mucho contenido sobre estos tres tópicos centrales del derecho de daños y nos deja ver que el principio de la reparación plena se abastece del deber de la razonable fundamentación y la correcta cuantificación en las sentencias.

II. El caso y la solución

La CS resolvió en sentido favorable la queja interpuesta por los actores en contra de 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.

“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” (*sic*). Consid. 1º del voto del Dr. Rosenkrantz.

Detallando cada rubro “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 instan-

cia 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)” (*sic*). Consid. 1º del voto del Dr. Rosenkrantz.

La Cámara, como se aprecia, reduce drásticamente cuantías indemnizatorias otorgadas por el juez de grado pese a que confirma la atribución de responsabilidad exclusiva de los demandados en el accidente. Para así decidir tuvo en cuenta 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 con-causal pues, se sostuvo, de cualquier manera se hubiera producido tal desenlace debido a la temeraria maniobra del demandado” (*sic*).

La sentencia recurrida consideró que si bien el daño no se habría evitado con otra conducta de los progenitores: “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” (*sic*), consid. 1º del voto del Dr. Rosenkrantz.

Los actores recurrentes reprochan la arbitrariedad de la sentencia por considerarla “autocontradictoria”. “Alegan que los montos otorgados por la cámara son absurdos, se basan en apreciaciones puramente subjetivas e importan una suerte de indemnización-castigo...” (*sic*).

La sentencia de la CS resuelve en sentido favorable a los actores declarando procedente la queja, formalmente admisible el recurso extraordinario y revoca la sentencia de cámara, con sólidos y contundentes fundamentos jurídicos, de los cuales me detendré solo en tres a los fines de este acotado comentario: 1) el derecho a obtener la reparación plena de los daños injustamente sufridos; 2) el deber de los jueces de dictar sentencias razonablemente fundadas y 3) el adecuado alcance indemnizatorio del rubro incapacidad permanente.

III. El derecho a obtener la reparación plena de los daños injustamente sufridos

La sentencia aborda con profundidad el tema del título especialmente en los consid. 4º a 7º

del voto del Sr. ministro Dr. Lorenzetti; en su contenido nos recuerda la importancia de “arribar a una solución fundada en un diálogo de fuentes normativas” y el rango constitucional del principio en estudio: “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 art. 75, inc. 22, de la CN (conf. arts. 1º 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)”.

La más calificada y mayoritaria doctrina civilista argentina ha abordado su estudio como un principio general de la responsabilidad civil que postula que toda persona que sufre un daño que afecta sus bienes o lesiona su integridad corporal o vulnera el conjunto de sus derechos fundamentales, tiene el derecho a ser totalmente reparado de las consecuencias de la afectación a su interés lícito, dentro de los límites que la ley establece (2).

De manera general conduce a la aplicación de cuatro reglas fundamentales: “el daño debe ser fijado al momento de la decisión; la indemnización no debe ser inferior al perjuicio; la apreciación debe formularse en concreto y la reparación no debe ser superior al daño sufrido” (3).

(2) Cfr. PIZARRO, Ramón Daniel, “Las modernas fronteras de la responsabilidad civil: El derecho a la reparación desde la perspectiva constitucional”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) <http://www.acader.unc.edu.ar> (Acceso 10/07/2016). Cita a: ORGAZ, Alfredo, El daño resarcible, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1980, nro. 58, ps. 138 y ss.; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por daños”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1971, t. I, nro. 95, p. 249; CAZEAUX, Pedro N. — TRIGO REPRESAS, Félix A., “Derecho de las obligaciones”, Ed. La Ley, 2010, nro. 347.41 y Ed. Platense, La Plata, 1986, t. IV, ps. 899 y ss.

(3) PIZARRO, Daniel, “El principio de la reparación plena del daño. Situación actual. Perspectiva”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 1997, ps. 121-122.

En su consid. 5º, el Dr. Lorenzetti justamente destaca el esfuerzo que realiza el derecho por alcanzar tales propósitos: “...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 arts. 1710, 1711, 1726, 1737 y 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación” (*sic*).

La preeminencia de este principio implica una acentuada labor. Para el derecho, el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente su persona es inviolable (4)—, ese lugar debe ser respetado y para ello contamos con herramientas jurídicas suficientes que permiten garantizar a la persona humana la aplicabilidad de las normas y principios que efectivizan su protección ante el daño.

En el caso en estudio las sumas otorgadas son notoriamente insignificantes y, además, la decisión de reducir las es producto de una convicción subjetiva de reproche de conducta de los jueces a los padres, pero, que en sí misma resulta carente de la virtualidad necesaria, como para alterar la atribución de responsabilidad asignada a los demandados; tales apreciaciones dejan en evidencia que en el caso se ha soslayado el derecho a la reparación plena de los daños.

Asignar el adecuado *quantum* indemnizatorio es una tarea fundamental y sucesiva a la de determinar de la extensión del daño resarcible en cada caso y en un justo punto que no trascienda los límites legales receptados en sistema causalidad adecuada, pues la plenitud es jurídica y no literal. Lo contrario implicaría un injustificado enriquecimiento para la víctima y un empobrecimiento para el responsable (5).

(4) Cfr. GOLDENBERG, Isidoro — LÓPEZ CABANA, Roberto, “De la inviolabilidad del patrimonio a la tesis de la inviolabilidad de la persona”, RCyS 2016-XII, 251, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3485/2016.

(5) En este sentido la Dra. Matilde Zavala de González supo trabajar el diseño de ciertas pautas concretas que, de ser observadas, permitirían alcanzar una indemnización justa: directivas para una reparación justa, y las enunció del siguiente modo: 1. No dejar de indemnizar ninguna

La Cámara soslaya tales premisas y la CS cuando se refiere a la reducción del daño moral lo hace ver: “se ha establecido la reparación con una suma que virtualmente convierte en inoperante la indemnización prevista por el derecho civil, y desnaturaliza su finalidad resarcitoria (arts. 522 y 1078 del Cód. Civil; 1737 al 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; doctrina de Fallos: 315:2135 y 326:1299)”. Consid. 8º del voto del Dr. Rosenkrantz.

Una vez que la Cámara ha reconocido en la causaística que “las graves lesiones sufridas por los actores tienen relación causal con la conducta negligente y temeraria del señor Campos y que la falta de uso de elementos de seguridad por parte de las víctimas no tuvo incidencia causal en los daños” sella el derecho de los actores a recibir una indemnización plena de los daños sufridos de acuerdo con las pautas legales vigentes en nuestro derecho.

Por ende, cuando reduce por una decisión subjetiva los montos indemnizatorios refiriendo que “los importes otorgados por ese concepto ‘parecen abultados’ y fijar sumas significativamente más reducidas por considerarlas ‘más equitativas y adecuadas a las particularidades’”, sin exponer de manera fundada en la retórica que utiliza, las razones de derecho por las que se considera habilitada a reducir las, además, de soslayar la

proyección nociva si se integran sus recaudos genéricos, como la certeza del menoscabo y su proveniencia lesiva contra un interés respetable. También corresponde evitar que algunas víctimas de daños injustos sean privadas de derechos indemnizatorios, en comparación con otras a quienes sí se reconocen en situaciones parecidas; 2. A la inversa, no procede resarcir más de una vez, repitiendo indebidamente los mismos rubros bajo diversos rótulos; 3. El importe indemnizatorio debe cumplir un rol auténticamente compensador para la víctima, aunque sin desmesura contra el responsable. 4. Su pago debe lograrse con la mayor prontitud posible; 5. La cuantificación debe respetar valores actuales, vigentes en oportunidad del pronunciamiento, o la del pago cuando la condena no se cumple de manera oportuna. Aunque la entidad del daño se fije con anterioridad, la deuda indemnizatoria es de valor, cuyo poder adquisitivo debe mantenerse intangible hasta su cancelación; 6. Debe procurarse coherencia entre montos indemnizatorios, sin desigualdades irritantes para víctimas de daños similares; como simple contrapartida, procede elevar o disminuir las sumas ante perjuicios disímiles. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “El principio de reparación plena”, LA LEY — RCyS 2015-IV, 95, Cita online: TR LALEYAR/DOC/336/2015, 2015.

aplicación del principio de la reparación plena, incumple con el deber impuesto en el art. 3º del Cód. Civ. y Com. que establece que las decisiones deben ser razonablemente fundadas.

IV. El deber de los jueces de dictar sentencias razonablemente fundadas

Las decisiones judiciales no pueden tener —como sustento jurídico para justificarlas— la sola autoridad del juzgador; el art. 3º del Cód. Civ. y Com. establece que la decisión judicial debe ser razonablemente fundada. Como se colige, la sentencia recurrida soslaya tal deber al reducir drásticamente los montos indemnizatorios aludiendo a las locuciones “los importes otorgados por ese concepto ‘parecen abultados’ y considerar sin más la disminución de las cuantías solo por considerarlas ‘más equitativas y adecuadas a las particularidades’ sin precisiones de aceptable fundamentación”.

En el consid. 9º el Dr. Lorenzetti destaca: “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” (*sic*).

Por su parte el Dr. Rosenkrantz, al evaluar la reducción de la cuantía del daño moral basada en una conducta negligente de los padres, pero sin relación causal con el resultado, en su consid. 8º recuerda que la “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, p. 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’, consid. 8º)” (*sic*).

Es que las meras invocaciones de prudencia, arbitrio judicial, equidad o fórmulas análogas, que suelen enunciarse en los considerandos de las sentencias para asignar determinadas cuantías indemnizatorias, resultan insuficientes ya que, no alcanzan a justificar la derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas en la causa, que impone a los jueces la motivación de su sentencia (6).

La CS en anteriores oportunidades ya descalificó por arbitrariedad los fallos que solo enuncian genéricamente las pautas que afirman tener en cuenta sin decir de qué modo ellas conducen al resultado al que se arriba (7). Otro ejemplo, el fallo del día el 3 de octubre de 2017 “Fontana, Mariana Andrea c. Brink’s Argentina SA y otro s/ accidente - acción civil”, donde refirió: “...la tacha de arbitrariedad resulta procedente cuando la solución no se encuentra debidamente fundada (Fallos: 312:287; 317:1144, entre otros)” (...). Tal situación es la que se verifica en el caso en el que el *a quo* se limitó a fijar dogmáticamente la indemnización sin proporcionar ningún tipo de fundamentación o cálculo que le otorgue sustento válido” (8).

En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, mi provincia, en

(6) Cfr. NEGRI, Nicolás, “Reparación por daños a la integridad psicofísica en el Código Civil y Comercial”, 2016.

(7) CS, “Maidana, Antonio Luis y otros c. Automóvil Club Argentino s/ recurso de inconstitucionalidad - laboral”, expte.: CSJ 28, año 2001, Id SAIJ: SUJ0030510 <http://www.saij.gov.ar/sentencia-fundamentacion-suficiente-suj0030510/123456789-0abc-defg0150-300jsoiramus> (Acceso 19/03/2017), “Si bien la exigencia constitucional de que los fallos se motiven, no impone al juzgador desarrollos minuciosos, bastando que, mediante las proposiciones formuladas en torno a los hechos y el derecho del caso, la sentencia se sostenga por sí misma, y que no aparezca como pura afirmación caprichosa y subjetiva de la voluntad judicial. La motivación suficiente exigida por la Ley Suprema no impone un cartabón de cuántum, sino de calidad de las argumentaciones que le sirven de sustento, lo cual supone correlación entre aquellas y lo resuelto. Es decir, no existe una medida en la fundamentación de la sentencia judicial, sino que bastará con que la misma contenga fundamentos mínimos suficientes, debida fundamentación o sustento necesario como condición de validez”.

(8) CS, Fallo: CNT 54591/2011, “Fontana, Mariana Andrea c. Brink’s Argentina SA y otro s/ accidente - acción civil”, 03/10/2017.

autos “G. R. D. V. c. P. D. T. s/ daños y perjuicios” al decir: “Esta Corte ha señalado en pronunciamientos reiterados que los pronunciamientos judiciales no se fundan en la íntima convicción del juzgador, sino que de su texto deben poder extraerse las razones que sustentan la decisión del caso concreto...” (9).

Es imperativa la necesidad de superar el déficit señalado pues constituye una condición esencial de validez de las sentencias. Vinculado al fallo en comentario donde la queja reside justamente en una reducción de las cuantías indemnizatorias sin más justificación que la subjetividad judicial, me resulta imperativo destacar que el reproche de ausencia de justificación suele ser recurrente en los fallos donde se aplica el sistema de la libre apreciación judicial para cuantificar los daños (10).

Este déficit se ve con claridad en la retórica que se utiliza cuando expresan las variables tenidas en cuentas al momento de fallar, esto es: edad, ingresos, expectativas futuras, etc., pues suele detectarse una falta de explicación razonada del porque esas sumas asignadas en concepto de indemnización satisfacen el requisito constitucional de la plenitud reparatoria (11).

La norma del art. 1746 del Cód. Civ. y Com. ha reabierto el debate en torno a los criterios y procedimientos que explican la valuación judicial del daño en la acción resarcitoria (12) y “existe

(9) CS Tucumán, “G. R. D. V. c. P. D. T. s/ daños y perjuicios: incapacidad sobreviniente”, sentencia 710, 23/09/2011.

(10) Ver SCHMIELOZ, G. Elizabeth, “La dimensión patrimonial del daño permanente a la integridad psicofísica. Su valuación Judicial”, Ed. Bibliotex, 2018. ps. 261 a 270.

(11) Cfr. ACCIARRI, Hugo A., “¿Deben emplearse fórmulas para cuantificar incapacidades?”, RCyS 2007,86. En el trabajo, su autor lo explica con mucha nitidez, cuando refiere a que con la retórica, suele suceder que no se incorporen algunas variables para arribar a un resultado, por ello, es recurrente leer: “teniendo en cuenta los ingresos de los que presumiblemente se privaría la víctima y su edad, estimo este rubro en \$ 10.000”, en esta frase destacada, claramente se advierte la ausencia de una variable y es la ausencia de cómo, teniendo en cuenta los ingresos, se concluye en cuantificar el rubro en \$ 10.000.

(12) Cfr. RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, t. IV, p. 1088; LORENZETTI, Ricardo, “Código Civil y Comercial

consenso respecto de que el Código ‘incorpora una novedad: la utilización de las fórmulas matemáticas para ponderar el daño patrimonial por incapacidad permanente, total o parcial’” (13).

Sobre el particular el Dr. Galdós, propuso cuatro reglas vertebrales sobre la tarea de cuantificar los daños: “1. Sí a la aplicación de las fórmulas matemáticas; 2. Sí a la aplicación de la fórmula que el juez elija fundadamente; 3. No a la aplicación automática y obligatoria del resultado matemático que arroje la fórmula y 4. Sí al arbitrio judicial para ponderar y evaluar la integridad del daño, conforme la singularidad del caso” (14).

Debe ser precisado que optar por aplicar el método de la fórmula para cuantificar los daños, no implica introducir una imposición de criterios matemáticos abstractos y generales ni suplir la labor judicial de ponderación. Justamente es la fórmula la que permite transparentar el razonamiento lógico aplicado a ella, se trata en definitiva de una herramienta disponible que permitirá expresar con símbolos y variables valores equivalentes esas pautas que tiene en cuenta el juez

de la Nación Comentado, t. VII, p. 484; BUERES, Alberto (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado”, p. 180; PICASSO, Sebastián, “La reforma del derecho de daños”, JA 2012-IV; entre otros.

(13) CS Tucumán, “Vargas, Ramón Agustín c. Robledo, Walter Sebastián s/ daños y perjuicios”, sentencia 1487 de fecha 16 de octubre de 2018 cita: GALDÓS, Jorge M., “Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746, Cód. Civ. y Com.)”, RCyS 2016-XII, tapa; ver, asimismo, ACCIARRI, Hugo A., “Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código”, LA LEY 2015-D, 677; ACCIARRI, Hugo A., “La cuantificación de indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código. Su lógica jurídico-económica”, RCCyC 2015, julio, 291; COMPIANI, María Fabiana, “La obligación de la evaluación objetiva en la determinación de indemnizaciones resarcitorias por daños a la persona”, RCCyC 2016, noviembre, 29; ARRUIZ, Sebastián G., “¿Qué culpa tiene la matemática? Aplicaciones judiciales de la fórmula de valor presente para cuantificar daños por incapacidad con ingresos variables probables”, SJA 10/8/2016, 112, JA 2016-III, ver también SCHMIELOZ, G. Elizabeth, “El daño por incapacidad permanente y su cuantificación en un importante precedente de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán”, Publicado en: LLNOA2019 (abril), 5, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/477/2019.

(14) GALDÓS, Jorge, “Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746 Cód. Civ. y Com.)”, RCyS 2016-XII, tapa; Cita Online: TR LA LEY AR/DOC/3677/2016.

cuando valora aspectos tales como la edad, la expectativa de vida, sus posibilidades de progreso, su productividad patrimonial no laborativa, etc., solo que en vez de palabras se ingresan símbolos y con la ventaja de que el resultado ha de ser objetivo, garantizando los deberes *supra* legales de, seguridad jurídica, igualdad y coherencia resolutive.

Quienes consideramos a las fórmulas, correctamente utilizadas, como una como una transparente opción para cuantificar los daños, postulamos que ellas satisfacen mejor la necesidad de motivar y fundar razonablemente las sentencias judiciales (15) pero no desde una mirada rígida e inflexible, pues en todos los casos los jueces tienen la facultad de atenuar la indemnización, si de su resultado surge que es equitativo en función del patrimonio del deudor, de la situación personal de la víctima, o de las propias circunstancias del hecho (16).

Pero más allá de estas apreciaciones, lo cierto es que los jueces tienen la libertad de optar por un método u otro y sea cual sea el escogido debe la sentencia estar razonablemente fundada como requisito para su validez, la CS así lo recuerda: “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 (...)”. “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)” (Voto del Dr. Lorenzetti, consids. 21 y 22).

(15) Cfr. ACCIARRI, Hugo A., “¿Deben emplearse fórmulas para cuantificar incapacidades?”, ob. cit.

(16) Recordemos que salvo los casos en los que hubiere mediado dolo en la producción del daño, el juez cuenta con la facultad de morigerar fundadamente las cifras, en los términos del art. 1742 del Cód. Civ. y Com., que establece que: “Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable”.

V. El adecuado alcance indemnizatorio del rubro incapacidad permanente

El derecho a la reparación plena de los daños y el deber de la fundamentación razonada de la sentencia han sido destacados y trabajados por la CS con relación a todos los rubros indemnizatorios de la sentencia revocada, sin embargo, destacaré en este trabajo el particular rubro incapacidad permanente dadas sus propias particularidades y la necesidad de precisar su delimitación desde lo cualitativo y desde lo cuantitativo.

Puntualmente profundizado el rubro en los consids. 14 a 18 del Dr. Lorenzetti y luego de un exhaustivo análisis concluye: “...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” (*sic*).

De la lectura del fallo surge que la incapacidad parcial y permanente de las víctimas se determinó en más de un 50% y “que el juez de primera instancia con minuciosidad tuvo en cuenta para cuantificar el rubro, el salario y la edad, así como el nivel socioeconómico, sin embargo, la Cámara 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’”.

Lo llamativo surge de que tal decisión fue tomada luego de tener presente que la indemnización por incapacidad permanente abarca no solo la faz laboral sino cualquier desmedro de la persona en todas las áreas de su vida de relación (sociales, deportivas, culturales).

El fallo deja en claro con cita de reiterados antecedentes 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, consid. 7º, entre muchos otros)” (*sic*).

La postura mayoritaria en el derecho argentino, en criterio que compartimos (17), asume que el alcance cualitativo de la indemnización de este rubro —regulado por el art. 1746 del Cód. Civ. y Com. “Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica permanente, total o parcial” como un rubro del daño patrimonial—, no solo comprende aquellas ganancias económicas laborativas que el damnificado se verá impedido de producir, sino que debe abarcar todo menoscabo que, consecuencia de su afectación le provoque un detrimento patrimonial.

La doctrina argentina reconoce, tal vez unánimemente y más allá de la ubicación dentro de la división binaria en los rubros patrimonial o extrapatrimonial donde hallamos algunas diferencias de criterios (18), que la productividad humana excede el ámbito del trabajo *stricto sensu*, que es más amplia, y por ello, es comprensiva de

(17) Ver SCHMIELOZ, G. Elizabeth, “La dimensión patrimonial del daño permanente a la integridad psicofísica. Su valuación Judicial”, Ed. Bibliotex, 2018, ps. 181 y ss.

(18) Ver, por ejemplo, PICASSO, Sebastián. Su voto en CNCiv., sala A, “S., K. E. y otros c. B., L. y otros s/ daños y perjuicios”, 17/11/2014 - RCyS 2015-VII, 142 - RCCyC 2015 (julio), 167 - RCyS 2015-VIII, 177, Cita online: TR LALEY AR/JUR/89347/2014. Allí expresa que una correcta interpretación del sentido que le da la Suprema Corte no conduce a afirmar que la valoración a la integridad física —al decir que tiene en sí misma valor indemnizable— es equivalente a afirmar que la integridad física tiene un valor en sí, independientemente de lo que produzca o pueda producir. Adoptar esa interpretación, conduciría al extremo de patrimonializar un derecho personalísimo, y asignar artificialmente un valor económico al cuerpo de la persona. Se refiere al fallo de la CS, 27/11/2012, “Rodríguez Pezra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”; Idem: Fallos, 308:1109; 312:752 y 2412; 315:2834; 327:3753; 329:2688 y 334:376, entre otros donde se expuso “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”.

otros aspectos de contenido patrimonial no estrictamente laborativos (19).

El Cód. Civ. y Com. consolidó en el derecho argentino la pautas interpretativas antes propuestas que rigieron y rigen la jurisprudencia nacional y que se asientan en varios principios convergentes: En una noción amplia de incapacidad, como daño a la integridad psicofísica, resarcible en sí misma y comprensiva de las repercusiones patrimoniales laborales y extralaborales o de índole no lucrativas, que tiene en cuenta, todas las singularidades de la persona (20).

Nuestra doctrina mayoritaria y nuestro derecho identifican a la *incapacidad económica o sobreviniente* como una merma de aptitudes que sufre el individuo para obtener lucros futuros, sea en las tareas que habitualmente desempeña o en otras. Comparto que el daño patrimonial, en la interpretación que adoptó del art. 1746 del Cód. Civ. y Com., cuando de afectación a la integridad psicofísica refiere, no se limita a lo que laborativamente la víctima dejaría de percibir, sino que comprende —también— cualquier disminución económicamente mensurable que experimente la persona, con los consiguientes trascendidos negativos que esas disminuciones generan en el patrimonio (21).

(19) Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por daños. El acto ilícito”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998, t. III, p. 332. el autor refiere, que “en el examen complejo de su multiforme actividad, al margen de la laboral, toda persona desarrolla en su casa o fuera de ella, tareas vinculadas con sus facultades culturales, artísticas, deportivas, comunitarias, sociales, religiosas, sexuales etc. y los deterioros o menoscabos en tales quehaceres, pueden acarrear consecuencias de carácter patrimonial”; PICASSO, Sebastián, “La reforma del derecho de daños”. Cita online: TR LALEY AP/DOC/4884/2012. “La integridad psicofísica de la persona no tiene valor económico en sí misma, como si se tratara de una cosa. El cuerpo de la persona no está en el comercio y es objeto de un derecho personalísimo (ergo, extrapatrimonial). Si la integridad física no tiene un ‘precio’, entonces el único daño patrimonial posible frente a su violación es indirecto, y tiene relación con la disminución de la capacidad de esa persona para realizar tareas económicamente mensurables”.

(20) Cfr. GALDÓS, Jorge, “Daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires”, Rev. de Derecho de Daños, 3, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004.

(21) Cfr. Ibid.

En ese sentido y haciendo referencia a la incapacidad sobreviniente, se sostuvo que “para apreciarla se debe partir del concepto de daño material configurado por los perjuicios producidos en los valores patrimoniales ya existentes, como también los que afectan las facultades o aptitudes de las personas, consideradas como fuente de futuras ventajas económicas (vida, salud, integridad física, belleza corporal, etc.)” (22).

La persona humana es un centro de energía y actividad productora de acciones cotidianas de las cuales “algunas de ellas” podrán ser económicamente valorables al margen de la actividad laborativa. Quisiera explicarme adecuadamente para dejar en claro que de ningún modo ello implica asimilar a la persona a los objetos materiales que están en el comercio de los hombres y que tienen un valor cifrado en el mercado. La persona humana no es un medio económico; por ello, justipreciar el daño a la persona, en ningún caso significará encontrar el valor del hombre, o de una parte de su cuerpo en el caso de lesiones. Lo que se postula es la valoración patrimonial integral que produce la afectación psicofísica permanente de la persona, desde un cabal reconocimiento de sus cualidades, en tanto persona en su actual dimensión y a la luz de los nuevos paradigmas del derecho, lo que, tal como lo recuerda recurrentemente el fallo en comentario, excede notoriamente a una valoración limitada a la productividad laborativa al momento de valorar el daño patrimonial.

Si tomamos como ejemplo las simples acciones cotidianas comunes a todos, tales como: llevar a los niños a una plaza, al colegio, pasear mascotas, atenderlas, llevarlas al veterinario, organizar una comida familiar que se ofrece a la mesa del domingo, renovar el color de una pared, la colocación de los muebles de una casa en una disposición más disfrutable, buscar los mejores precios en el mercado, en hacer las compras, llevar el auto al taller, comprar un repuestos, ropa, calzado, ayudar a los hijos en sus tareas curriculares, educarlos, bañarlos, organizar cumpleaños y eventos familiares, etc., etc., vemos como todas ellas, indudablemente son acciones económica-

(22) CALVO COSTA, Carlos A., “Algunas cuestiones problemáticas del Resarcimiento del daño a la persona”, 2012, <http://dspace.palermo.edu/dspace/handle/10226/859> (Acceso 01/03/2017).

mente valorables, pues si nos las hacemos nosotros la realización por un tercero representaría un costo económico —al margen del dolor por no poder brindarlo nosotros mismos—.

En suma, la integridad psicofísica de la persona tiene un valor *per se*. Ese valor *per se* al que refiero es un valor que es patrimonial y también es no patrimonial. Es persona, en fuente de creación, es potencialidad, es aptitud y es todo lo que sabemos y no sabemos de ella, en tanto tal.

Se trata además de una postura consolidada por la CS y luego receptada por el Cód. Civ. y Com.: “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” (23); el Cód. Civ. y Com. recoge este criterio y lo plasma en la última parte de su art. 1746: “...En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño, aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado”.

Por ello, la complejidad que revela la tarea de establecer el alcance cuantitativo o valuación de la indemnización por incapacidad permanente representa uno de los desafíos de mayor relevancia del Derecho de Daños. Somos conscientes, además, que en la valuación del daño se hallan involucrados intereses de diversa índole lo que conduce a respuestas legislativas o judiciales muy diversas (24).

Por los aspectos valuativos que abarca este rubro sería desaconsejable la utilización de métodos estandarizados, pues se trata de un daño con

variadas repercusiones y cuyas indemnizaciones no pueden ser satisfechas por medio de plataformas estáticas de valuación. En ese sentido es que la CS destaca en el fallo la importancia de no acudir a métodos de cuantificación ceñidos “a una aplicación matemática y estricta del porcentual de incapacidad laboral que estiman los médicos en el pleito (que) 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” (*sic*). Consid. 16 del voto del Dr. Lorenzetti.

En efecto, la valuación del daño patrimonial por incapacidad permanente no puede acotarse a una valoración de las pérdidas económicas de índole laborativo, pues como fue expuesto, la persona humana es patrimonialmente productiva en números aspectos de su vida al margen de lo laboral.

Entiendo que del mismo modo como podría ser revocada por arbitrariedad una sentencia que utiliza para cuantificar el método de la libre apreciación judicial sin fundamentar la decisión, una sentencia que aplica fórmula seguiría la misma suerte si de las variables utilizadas no surge con claridad su debida suficiencia, fundamentación o el razonamiento aplicado en sus elecciones.

Como cualquier método escogido, la utilización de fórmulas matemáticas debe satisfacer el requisito de fundamentación. Comparto con quienes sostienen que, de entre los sistemas vigentes, el de la fórmula es el método que mejor abona la necesidad de motivar y fundar razonablemente las sentencias judiciales; pero claramente no desde una mirada rígida, inflexible o fría que se limite a escudriñar cuanto una persona dejaría de percibir por motivo del daño.

Una fórmula, correctamente utilizada, permite introducir variables, esas mismas variables que en la retórica tiene en cuenta el juez cuando valora, la edad, sus expectativas de vida, sus posibilidades de progreso, su productividad patrimonial no laborativa, etc., y realizar proyecciones razo-

(23) CS, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”; Idem: Fallos, 308:1109; 312:752 y 2412; 315:2834; 327:3753; 329:2688 y 334:376, entre otros.

(24) Cfr. RIVERA, Julio César, “Cuantificación legal y judicial”, Revista de Derecho de Daños. Cuantificación del Daño, 2001-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 15.

nables que orientan los criterios para tomar decisiones (25).

La racionalidad no se propone desplazada por este método cuando se nutre de la experiencia vital y de la realidad humana concreta, es posible entonces, aceptar y adoptar la racionalidad del cálculo aritmético como una directriz o como un instructivo, pero siempre bajo la reserva del sentido común (26).

Creo que la buena vida del método de cuantificación que utiliza fórmulas depende de la no estandarización de su uso con variables fijas. Así lo requiere la CS cuando en la sentencia expresa: "...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)" (*sic*) (consid. 14 de voto del Dr. Lorenzetti).

En efecto, el porcentaje de incapacidad laboral constituye un elemento más del conjunto de variables y legítimamente podrían los jueces con debida fundamentación tomarlo solo como una base de referencia o un elemento orientador según las particularidades del caso. En el rubro incapacidad permanente debe identificarse si la lesión recae sobre aspectos patrimoniales de índole laborativa o solo se trata de la afectación del *valor per se* de la integridad psicofísica o si la lesión tuvo incidencia en ambos detrimentos y recién luego corresponderá determinar las variables adecuadas que procuren que la reparación a otorgar sea plena.

La fijación fría e inamovible de las variables afectaría la salud y el propósito de las fórmulas como herramienta, de allí que se propone una postulación flexible de estas, cuya determinación puntual sea una tarea judicial que resulte acorde a la casuística. Justamente con relación a ello tuve la oportunidad de postular una propuesta referida a la variable base de cálculo, don-

de en el mismo sentido relatado se propone su flexibilidad, es decir, que los ingresos de la persona o el SMVM a valores actuales al momento de dictar sentencia —art. 772 del Cód. Civ. y Com.— sean solo un elemento orientador, una pauta general objetiva, pero que de ningún modo resulte en una cifra estática (27).

Por ejemplo, en una hipótesis de dos personas con daños similares a la integridad psicofísica, una se ve impedida de continuar trabajando, mientras que la otra persona no. Conforme lo establece el art. 1746 del Cód. Civ. y Com. en el primer caso la indemnización debe comprender la pérdida del valor *per se* de su integridad psicofísica y las pérdidas económicas de índole laborativa y en el segundo caso solo la pérdida del valor *per se* de su integridad. En ambos casos la base de cálculo de la indemnización no debería ser la misma, pues ello implicaría indemnizar con un valor similar dos situaciones con diferentes repercusiones patrimoniales atentando con ello los principios constitucionales de igualdad y de reparación plena del daño. En otras palabras, en el primer caso correspondería una base de cálculo que contemple la indemnización de ambos detrimentos: las consecuencias patrimoniales por pérdidas de ingresos laborales y, además, la pérdida de capacidad para la realización de actividades económicamente valorables, no laborales.

Y, por último, destacar que la CS propicia el uso de otras pautas objetivas y orientadoras que actúen como referencia como ser la que resulta del régimen de reparación de riesgos del trabajo, y que podría traducirse como un mínimo genérico. De tal modo, propone que sea cual sea el método optado por los jueces: "al tiempo de determinar el monto indemnizatorio por incapacidad sobreviviente 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 particularida-

(25) Cfr. ACCIARRI, Hugo A., "Elementos de análisis económico del derecho de daños", Ed. La Ley, 2015; ACCIARRI, Hugo A., "¿Deben emplearse fórmulas para cuantificar incapacidades?", RCyS 2007,86.

(26) Cfr. MENDELEWICZ, José, "La cuantificación del daño a la persona", DJ 12/10/2016, 1, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1941/2016.

(27) Ver algunos detalles sobre el particular en: SCHMIELOZ, G. Elizabeth, "La dimensión patrimonial del daño permanente a la integridad psicofísica. Su valuación Judicial", ob. cit., ps. 363 y ss. y SCHMIELOZ, G. Elizabeth, "El daño por incapacidad permanente y su cuantificación en un importante precedente de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán", Publicado en: LLNOA2019 (abril), 5, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/477/2019, punto III.3.

des 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” (*sic*) (consid. 6º del Tribunal).

El principio de reparación plena se ve respaldado en la coherencia indemnizatoria y en la garantía del derecho a la igualdad ante la ley art. 16, CN, “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 art. 16 de la CN” (*sic*) (consid. 6º del Tribunal).

Considero que los operadores jurídicos en el presente y luego de un arduo y paulatino camino transitado de elaboración, tanto normativa, jurisprudencial, y por parte de la doctrina, contamos con elementos y herramientas suficientes para garantizar el cumplimiento de la tutela efectiva de la persona humana frente al daño.

VI. Conclusiones

1. La preeminencia del principio de la reparación plena —art. 1740, Cód. Civ. y Com.— implica una acentuada labor judicial.

2. Asignar el adecuado *quantum* indemnizatorio es una tarea fundamental y sucesiva a la de determinar la extensión del daño resarcible en un justo punto que no trascienda los límites legales receptados en sistema causalidad adecuada, procurando así que la indemnización a otorgar sea plena.

3. Las decisiones judiciales no pueden tener —como sustento jurídico para justificarlas— la sola autoridad del juzgador; el art. 3º del Cód. Civ. y Com. establece que la decisión judicial debe ser razonablemente fundada.

4. El reproche de déficit de fundamentación de las sentencias suele ser recurrente en los fallos

donde se aplica el sistema de la libre apreciación judicial para cuantificar los daños.

5. De optarse por la aplicación de la fórmula, debe ser precisado que tal método no vine a imponer criterios matemáticos abstractos y generales ni suplir la labor judicial de ponderación.

6. Quienes consideramos a las fórmulas, correctamente utilizadas, como una como una transparente opción para cuantificar los daños, postulamos que ellas satisfacen mejor la necesidad de motivar y fundar razonablemente las sentencias judiciales.

7. Los daños resarcibles por incapacidad permanente como rubro del daño patrimonial —art. 1746 del Cód. Civ. y Com.—, no se limitan a lo que laborativamente la víctima dejaría de percibir, sino que comprende —también— cualquier disminución económicamente mensurable que experimente la persona.

8. En el rubro incapacidad permanente, debe distinguirse si la lesión recae sobre aspectos patrimoniales de índole laborativa o solo corresponde indemnizar las consecuencias de la afectación sobre el *valor per se* de la integridad psicofísica o en ambos.

9. La fijación fría e inamovible de las variables afectaría la salud y el propósito de las fórmulas como herramienta, de allí que se propone una postulación flexible de estas, cuya determinación puntual sea una tarea judicial que resulte acorde a la casuística.

10. El porcentaje de incapacidad laboral y/o la base de cálculo como variables de la fórmula se postulan como elementos del conjunto de variables y legítimamente podrían los jueces con debida fundamentación, tomarlos como una base de referencia o como elementos orientadores en el cálculo de la reparación plena de los daños según las particularidades del caso concreto.

11. CS propicia en el fallo el uso de ciertas pautas objetivas y orientadoras que actúen como referencia, una de ella es la que resulta del régimen de reparación de riesgos del trabajo, y podría traducirse como un mínimo genérico.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

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.

Con nota de Maximiliano Cossari

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 fue alegado después 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

2ª Instancia.- Buenos Aires, 19 de octubre de 2021.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

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.º 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.º 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 (Gozañi, 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 propondré la sanción de deser-

ción 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 Trafal, 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 de-

mostrar 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.º 111.774; ídem, 15/6/2016, “Fernández Ocampos, Juan Carlos c/ Ceamse s/ Interrupción de Prescripción (Art. 3.986 C.C.)”, expte. n.º 5.271/2012, 7/10/2019, Cejas Claudio Gabriel c/ Autopistas Urbanas S.A. s/ Daños y perjuicios, L. n.º 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 extra-

ños 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.º 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; Rinesi, 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.º 1º -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, n° 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, París, 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 impossibilità 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 exigente 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 Trafal 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.º 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 la 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 delinquentes 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.

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.

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 sufrir el usuario de la ruta concesionada puedan prevenirse, 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 visibles 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 perpetrado 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 caso), 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. - Vallespino, 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. Córdoba (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 austriaco 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, Paris, 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, entidades 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 oggettiva*, 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 constituyere 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 Trafal, 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.º 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 doctor *Picasso*.

Con lo que terminó el acto. *Sebastián Picasso*. — *Ricardo Li Rosi*. — *Carlos A. Calvo Costa*.

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 ..., por la incidencia decidida a fs. 91 3,75 UMA ...; los del letrado apoderado de la parte demandada, Dr. S. F. en 37.5 UMA - pesos ..., los del Dr. J. P. M. en 7,46 UMA - pesos ...; los del letrado apoderado de la citada en garantía, Dr. M. L. S. en 14,93 UMA - pesos ..., los de la Dra. D. M. en 14,93 UMA - pesos ... y los de la Dra. A. L. S. en 1 UMA - pesos ...; los del perito médico Dr. S. R. K. en 6,98 UMA - pesos ... y los del mediador P. T. M. en - pesos

Por su labor en la alzada que diera lugar al presente fallo, de conformidad con lo establecido por el artículo 30 de la ley 27.423 corresponde fijar los honorarios del Dr. S. F. en 14,93 UMA - pesos ... y los de la Dra. A. P. M. en 9 UMA - pesos ...

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*.

¿Responde el concesionario de una autopista por hechos delictivos de terceros?

Maximiliano Cossari (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Marco general de la responsabilidad del concesionario de una autopista.— III. El deber de seguridad como obligación de medios o de resultado.— IV. La solución de la Cámara.— V. Palabras finales.

I. Introducción

En esta oportunidad comentaremos un interesante caso resuelto por la Cámara Nacional en lo Civil, Sala A, referido a la responsabilidad del concesionario de una autopista por daños y perjuicios causados al usuario a raíz de hechos delictivos de terceros (1).

Surge del relato sintetizado en el fallo que las hijas del actor viajaban a bordo de su automóvil por la autopista, cuando sufrieron la rotura de un neumático como consecuencia de la supuesta presencia de un objeto cortante sobre el pavimento. Ante la imposibilidad de obtener asistencia por parte del concesionario —quien les habría comunicado que tenían una demora de varias horas—, el actor se hizo presente en el lugar a fin de asistirlos. En esas circunstancias, y pasado un tiempo, advirtieron la presencia de una motocicleta con dos delincuentes, quienes, además de sustraerles sus pertenencias, posteriormente le dispararon al actor en el pecho.

(*) Doctor en Derecho (UNR). Especialista en Derecho de Daños (UCA). Especialista para la Magistratura (UCA). Profesor titular en Obligaciones Civiles y Comerciales (UCA). Profesor adjunto por concurso en Derecho Civil II (UNR).

(1) Comentamos el fallo CNCiv., sala A, “Muro, Eduardo Luis c/ Autopista del Sol s/ Daños y perjuicios”, 16/09/2020, TR LALEY AR/JUR/162095/2021.

Esto derivó en una demanda por parte de la víctima contra el concesionario, a fin de obtener una indemnización por los daños sufridos. En primera instancia se hizo lugar al reclamo con el argumento de que habría existido un incumplimiento del deber de indemnidad que pesaba sobre el demandado, quien no habría logrado demostrar de manera suficiente la imposibilidad de cumplimiento del deber de seguridad.

Sin embargo, apelada la resolución, la Cámara revocó la decisión.

II. Marco general de la responsabilidad del concesionario de una autopista

La responsabilidad del concesionario ha sido motivo de un frondoso análisis por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, orientados generalmente a los supuestos de accidentes producidos como consecuencia de la presencia de elementos que interrumpen la normal circulación sobre la ruta, tales como animales u otros obstáculos.

En la actualidad, si bien esto ha sido eje de distintas posiciones doctrinarias, es posible afirmar que la vinculación existente entre el concesionario vial y el usuario constituye una relación de consumo. Consecuentemente, existe a cargo del prestador del servicio una obligación de seguridad, en consonancia con los principios de buena fe y el deber de custodia que le compete en el desarrollo de su actividad (conf. art. 42 Constitu-

ción Nacional y arts. 3, 5 y concordantes de la ley 24.240).

Esta posición fue sustentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Bianchi”, en la cual se consideró que el concesionario asume una obligación de prestar un servicio —que no se agota en dar el uso y goce de una cosa—, existiendo una obligación nuclear encaminada al mantenimiento de la ruta en todos sus aspectos y, también, deberes colaterales con fundamento en la buena fe. Además, encuentra en este tipo de relación jurídica una obligación de seguridad que impone al prestador a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, que resulta “lo suficientemente amplio como para abarcar en su contenido prestaciones tales como la vigilancia permanente de las rutas, su señalización, la remoción inmediata de elementos extraños que se depositen, el retiro sin demora de animales que transitan por las rutas 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” (2). Advierte la doctrina que la mayoría de la Corte asocia al deber de seguridad con la previsibilidad de los riesgos según la causalidad adecuada, lo que la lleva a considerar la contingencia y variabilidad de ese deber que depende de las características de la traza vial concesionada (3).

Prestigiosos autores de nuestro país han recibido con beneplácito esta doctrina, con lo cual ha quedado consolidado que el prestador del servicio tiene a su cargo la obligación de adoptar medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles (4).

(2) CS, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y /u otros”, 07/11/2006, TR LALEY AR/JUR/6480/2006. Véase también la opinión de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni en CS, “Ferreira, Víctor D. y otro c. V.I.C.O.V. S.A.”, 21/03/2006, TR LALEY AR/JUR/160/2006.

(3) GALDÓS, Jorge Mario, “Sobre peaje, animales sueltos y relación de consumo. El fallo “Bianchi”. La clausura definitiva del debate”, TR LALEY AR/DOC/1191/2007.

(4) En ese sentido véase: RINESSI, “Un fallo de la Corte Suprema reivindicador de los derechos del usuario”, TR LALEY AR/DOC/1377/2006; GALDÓS, Jorge Mario, “So-

En resumen, desde que el usuario accede, ingresa o usa la red vial concesionada, con abstracción de que haya pagado el peaje al arribar a la cabina de cobro o no, se perfecciona la relación de consumo (5); y el concesionario asume un deber de seguridad de origen legal (arts. 5, 6 y concordantes LDC), siempre atendiendo a las particularidades del caso concreto y a circunstancias como las características operativas, flujos de tránsito, extensión lineal, condiciones geográficas, grados de peligrosidad o siniestralidad conocidos y ponderados, etc.

III. El deber de seguridad como obligación de medios o de resultado

Ahora bien, sentado lo anterior, es preciso indagar si el deber de seguridad asumido por el concesionario vial constituye una obligación de medios o de resultado. Esto tiene especial trascendencia, puesto que en las obligaciones de medios se considera que la culpa es el factor de atribución; mientras que en las de resultado el análisis de la culpa resulta irrelevante, puesto que la responsabilidad se funda en un factor de atribución objetivo, por lo que para eximirse, el demandado deberá probar la causa ajena (6).

Pizarro, al analizar el deber de seguridad asumido por el concesionario de una autopista frente al usuario, explica que la mayoría de las obligaciones que emergen de este plexo normativo son de resultado, tal como sucede cuando los daños son causados por riesgo o vicio de la carpeta asfáltica —pozos, grietas, falta de adherencia del pavimento por defectos de su compuesto, desniveles entre calzada y banquina, montículos, banquetas en mal estado, defectos de señalización y conservación—, o por falta de iluminación suficiente en tramos que lo requieran —cruces, roton-

bre peaje, animales sueltos y relación de consumo. El fallo “Bianchi”. La clausura definitiva del debate”, TR LALEY AR/DOC/1191/2007; PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad civil de las empresas concesionarias de peaje. La Corte Suprema consolida su criterio”, RCyS 2007, 366, TR LALEY AR/DOC/1169/2007.

(5) PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad civil de las empresas concesionarias de peaje. La Corte Suprema consolida su criterio”, RCyS 2007, 366, TR LALEY AR/DOC/1169/2007.

(6) PICASSO, Sebastián, “La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios”, LA LEY, 2000-C, 991.

das, etc.—. Pero aclara también que la obligación de seguridad no asume siempre la misma entidad o dimensión cualitativa y cuantitativa; y puede, en otros supuestos, ser de medios, o lo que es igual, de prudencia y de diligencia. En este último caso el factor de atribución sería subjetivo, por lo que la culpa resultará relevante, a fin de determinar la responsabilidad del demandado. El autor citado incluye en esta categoría a los supuestos de accidentes causados por falta de advertencia adecuada sobre riesgos —tales como la existencia de niebla, incendios al costado de la ruta, presencia de animales sueltos sobre la carpeta o de otros obstáculos móviles o inertes momentáneos, etc., aspectos que deben ser ponderados con criterio estricto y afinado, atento al carácter profesional que ostenta el concesionario—, sin perder de vista las circunstancias de persona, tiempo y lugar (7).

Sin embargo, existe otra tendencia en la doctrina y en la jurisprudencia, según la cual la responsabilidad de la concesionaria resultaría de carácter objetivo, ya que el prestador del servicio asumiría frente al usuario una obligación de seguridad de resultado, consistente en que aquel debe llegar sano y salvo al final del recorrido, en consonancia con el principio de buena fe y el deber de custodia que sobre ella recae (8).

Resulta evidente que asumir una u otra postura determinará no solamente el factor de atribución aplicable, sino que repercutirá también en las eximentes que pueda esgrimir el demandado a la hora de hacer frente a una demanda de daños y perjuicios.

IV. La solución de la Cámara

En el fallo que comentamos la Cámara revoca la sentencia inferior, en una línea argumental que sintetizaremos a continuación.

En primer lugar, encuadra la cuestión en el ámbito de protección de los consumidores y usuarios, encontrando en este tipo de relación, y a cargo del demandado, un deber de seguridad.

(7) PIZARRO, Ramón D., ob. cit.

(8) Voto del Dr. Zaffaroni en CS, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y /u otros”, 07/11/2006, TR LALEY AR/JUR/6480/2006.

Seguidamente, calificó a este último como una obligación de resultado, constituido por una garantía de indemnidad cuyo incumplimiento se produce por la simple ocurrencia del daño en el marco de la relación de consumo, sin necesidad de producir una prueba adicional, lo que determinaría la existencia de un factor de atribución objetivo. En consecuencia, para eximirse de responsabilidad, el concesionario es el que debe probar la imposibilidad objetiva, absoluta y no imputable de cumplimiento de la obligación de seguridad por un hecho que reúna los caracteres del caso fortuito, es decir, que el daño no sea posible de prever o de evitar de acuerdo con las características de la ruta o autopista.

Ahora bien, siguiendo este razonamiento, la pregunta que se impone es si un hecho como el relatado, en el que terceros ajenos a la empresa demandada cometen hechos delictivos contra los usuarios de la autopista, configura un caso fortuito apto para eximir de responsabilidad (9).

La Cámara entendió que el disparo recibido por el actor mientras cambiaba un neumático en la autopista “constituye una imposibilidad de cumplimiento objetiva, absoluta y no imputable al obligado, que extinguió la obligación de seguridad a cargo de la demandada” (10). En efecto,

(9) Planteos similares se han hecho con motivo de la obligación de seguridad existente en el contrato de transporte cuando los pasajeros fueron damnificados por hechos de vandalismo o atentados directos contra sus personas por parte de terceros, lo cual hacía necesario determinar si la obligación de seguridad propia de este tipo de contratos —consistente en llevar sano y salvo al pasajero a su destino preservando su persona y sus bienes— incluía también la protección frente a este tipo de daños o configuraba, por el contrario, un caso fortuito eximente de responsabilidad. Existen reiteradas condenas a las empresas de transporte por hechos vandálicos tales como proyectiles arrojados desde fuera del vehículo o la violación de una pasajera en las dependencias de la empresa (CNCiv., sala L, “Escalante, Rubén Alcides c. Transporte Metropolitano Gral. San Martín”, 01/07/2009, TR LALEY AR/JUR/24908/2009; CNCiv., sala A, “García, Hermelo Elsa J. c. Metrovías S.A.”, 10/03/2009, TR LALEY AR/JUR/69721/2009; CNCiv., sala A, “E., G. O. c. Trenes de Buenos Aires S. A. y otro s/daños y Perjuicios”, 25/11/2011, LA LEY, 2012-A, 80; CNCiv. y Com., Zárate-Campana, “Farías, Norma Luján c. Trenes de Buenos Aires S.A. y otros”, 31/03/2011, RCyS, 2011-VII, 237; CNCiv., sala H, “P., M. R. c. Metrovías S.A.”, 24/02/2012, LA LEY, 2012-C, 512).

(10) Comentamos el fallo CNCiv., sala A, “Muro, Eduardo Luis c/ Autopista del Sol s/ Daños y perjuicios”, 16/09/2020.

si bien la empresa tiene a su cargo operaciones de seguridad vial, evitar sucesos como estos resultaba absolutamente imposible.

Además, consideró que no es posible establecer una relación de causalidad adecuada entre la rotura del neumático —que no pudo acreditarse si se debía a la presencia de algún elemento cortante en la autopista— y las lesiones sufridas, puesto que “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” (11).

Es decir, el deber de seguridad asumido, aun entendido como una obligación de resultado, no implica una garantía de indemnidad absoluta con respecto a daños por parte de delincuentes,

(11) *Ibidem*.

puesto que son hechos imprevisibles e inevitables para la empresa demandada y que escapan al deber de seguridad asumido.

V. Palabras finales

Soluciones como la de este fallo permiten aseverar que la existencia de una obligación de seguridad frente a los consumidores no implica una garantía de indemnidad absoluta ante cualquier tipo de daños ocurridos en la ruta. En efecto, el hecho de que la responsabilidad pueda considerarse objetiva por existir a su cargo una obligación de resultado no exime de analizar la vinculación causal existente entre el hecho dañoso y los deberes asumidos por el demandado. Entonces, cuando ello resulta imprevisible, inevitable y ajeno a su actividad, debe entenderse que ha existido un caso fortuito con aptitud suficiente para eximirlo de responsabilidad.

MALA PRAXIS OBSTÉTRICA

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

Con nota de María Carolina Caputto

1. — Existen elementos para inferir que el médico demandado no obró con la prudencia y diligencia que exigían las circunstancias, pues de otro modo habría adoptado una actitud activa frente a la disminución de los latidos del feto. Ante la falta de datos en la historia clínica sobre la evolución de la frecuencia cardíaca fetal en ese lapso tampoco es posible saber con certeza con qué intensidad o cómo evolucionó la hipoxia intraparto. Solo se conoce que la niña nació con acidosis grave, que los signos vitales eran incompatibles con la vida y que experimentó una lesión cerebral que la incapacitó gravemente.
2. — Es procedente la demanda por mala praxis, ya que la omisión de los controles fue decisiva para producir el resultado, pues normalmente el sufrimiento fetal es por sí mismo suficiente para provocarlo. Pero aún si por mera hipótesis de trabajo se considera que la disminución de la frecuencia cardíaca fetal no fue la causa de las secuelas que exhibe la niña, sino que estas obedecen exclusivamente a los efectos de la aparición del nudo real o verdadero de cordón —imprevisible hasta el momento del nacimiento—, no se explica por qué razón fueron subestimados los signos de alarma, no se evaluaron los parámetros clínicos y obstétricos en la madre ni se registraron las contracciones uterinas en los controles finales del parto.
3. — Las omisiones que contiene la historia clínica no favorecen en absoluto la postura de los demandados. De allí, si dicho instrumento —que es primordial para reconstruir el modo en que tuvieron lugar los hechos— es incompleto o fue mal confeccionado y el desenlace aparece como exorbitante frente a los antecedentes verificados, no cabe otra explicación plausible que sostener que el obstetra no obró con la diligencia que es exigible durante los controles inmediatamente anteriores al parto.
4. — No puede admitirse la demanda de mala praxis contra la partera, pues se trata de una auxiliar del médico obstetra durante la evolución del trabajo de parto que concluye con

el nacimiento, a quien no le incumbía decidir el procedimiento a seguir. Además, actúa a las órdenes del médico obstetra que, en el caso, estaba presente.

5. — Probada la culpa del obstetra, surge —sin más— la responsabilidad del establecimiento asistencial como de la obra social demandada.
6. — A efectos de determinar la indemnización por incapacidad sobreviniente, no corresponde computar la expectativa de vida en concreto, sino la genérica que corresponde a cualquier persona en condiciones normales, pues no es dudoso que la esperanza de vida menguada es el resultado de la mala praxis profesional y constituye, por cierto, una de las aspiraciones frustradas por la culpa enrostrada a los responsables, ya que, si se hubiera obrado con diligencia, la víctima habría conservado intactas aquellas expectativas, como cualquier persona de su edad.
7. — La víctima, desde el nacimiento, vio frustrada la posibilidad de llevar una vida digna, pues carga desde entonces con una gran discapacidad que desde los albores de su existencia obstó a la formación armónica de su personalidad, impidiéndole desempeñarse en la vida cotidiana en las mismas condiciones que los demás.
8. — Se presentan enormes dificultades a la hora de fijar de antemano una suma única para atender a los gastos médicos futuros, no solo por las enormes posibilidades científicas que generalmente aparecen y podrían modificar el panorama actual en cuanto a la posibilidad de realizar nuevos intentos para mejorar la salud de la niña, sino, además, por los eventuales cambios que esta pueda experimentar a lo largo de los años, extremo que aprehende el tiempo estimado de sobrevida.
9. — Tratándose de un menoscabo causado a la persona en razón de la falla incurrida en el transcurso del cumplimiento de la prestación médico-asistencial, es adecuado hacer correr los intereses desde que se verificó el incumplimiento material, pues los demandados incurrieron desde entonces en retardo jurídicamente relevante.



CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Mala praxis obstétrica.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: \$2.500.000

Daño patrimonial

Daños varios: Gatos médicos futuros: \$3.000.000

CNCiv., sala M, 09/08/2021. - K., F. M. y otros c. Clínica Bazterrica (OMINT de Servicios) y otros s/ daños y perjuicios - Resp. prof. médicos y aux.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/117926/2021]

① COSTAS

Se imponen a los demandados vencidos.

① INTERESES

Se aplica desde el incumplimiento y hasta la fecha de la sentencia de primera instancia, la tasa pura del 8% anual y desde allí en adelante, la tasa activa cartera préstamos nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Expediente N° 84.222/2015,

2ª Instancia. - Buenos Aires, agosto 9 de 2021.

Considerando:

La doctora *Benavente* dijo:

I. F. M. K. y E. T., en representación de su hija menor de edad, M. L. T., promovieron demanda contra la Clínica Bazterrica —actualmente gerenciada por Omint SA—; la Obra Social del Personal de Seguros SA; A. T. F. y J. C. G. P. por el pago de que los emplazados habrían causado con motivo del nacimiento de su hija, M. T. K.

Solicitaron la citación en garantía de “TPC Compañía Argentina de Seguros SA” y de “Federación Patronal Seguros SA”.

Relataron que F. M. K. cursó un embarazo sin ningún tipo de complicaciones. Realizó los controles de rutina y no se detectaron anomalías ni en la madre ni en la persona por nacer. El 6 de abril de 2010, en horas de la madrugada, K. ingresó a la Clínica Bazterrica. Fue revisada por guardia y le quitaron el tapón mucoso.

Aproximadamente a la hora 2:00 hs., el personal se comunicó con la partera, A. T. F. En un primer momento se colocó suero a la paciente, pero ningún profesional la volvió a ver hasta las 5:00 de la mañana, en que la llevaron al quirófano. Se produjo un parto espontáneo sin complicaciones para la madre. Sin embargo, la niña nació con una circular de cordón umbilical alrededor del cuello que no fue detectada a tiempo por no haberse realizado un control clínico pues, de lo contrario —sostiene— debería haberse practicado una operación cesárea.

La recién nacida ingresó en neonatología inmediatamente después del parto con un cuadro de depresión neonatal e hipotonía, que indudablemente fueron causadas por la lesión neurológica del sistema nervioso central. Tres días después del nacimiento, se realizó una resonancia magnética que dio cuenta de que la niña tenía estructuras anatómicas normales pues no presentaba malformaciones, de modo que —concluyen los actores— las gravísimas deficiencias neurológicas que padece obedecen a la encefalopatía crónica secundaria e hipoxia isquémica perinatal.

Por su parte, el Dr. J. C. G. P. negó la responsabilidad que le fue atribuida. Detalló los controles que se efectuaron a la madre durante el embarazo, el último de los cuales tuvo lugar el 5 de abril de 2010, mientras transitaba la 38.5 semanas de gestación. Sostiene que, según los estudios realizados, presentó monitoreo reactivo en tanto que la ecografía dio cuenta de un peso fetal estimado de 3400 gramos. Destacó que el tacto vaginal puso de relieve que el cuello posterior estaba borrado al 30% con 1 a 2 cm de dilatación y presentación cefálica móvil. El 6 de abril de 2010, al ingresar por guardia, K. estaba afebril y hemodinámicamente compensada. Los latidos fetales eran 145 por minuto y las contracciones, de 15 segundos de duración, eran menos de tres cada diez minutos. La bolsa se encontraba íntegra. El monitoreo fetal en ese momento resultó reactivo, como pudo comprobar también la partera que se presentó después en la clínica y convocó al médico una vez que la paciente tenía dilatación completa. El trabajo de parto comenzó sin complicaciones y fue controlado adecuadamente.

A las 5:30 hs., la madre se encontraba normotensa y afebril, con dilatación, cuello borrado al 90% y presentación móvil. Las contracciones comenzaron a producirse dos cada diez minutos, con una duración de 30 segundos. Los latidos fetales no presentaban ninguna alteración. Se realizó analgesia peridural de conducción y a las 7:59 hs. de la rotura artificial de membranas, se obtuvo un líquido claro. Nació una niña de 39 semanas y un Apgar de 5 al minuto y 8 a los cinco minutos. La beba requirió cuidados de reanimación pero inmediatamente después, a los cinco minutos, recuperó los parámetros normales, a

excepción del tono muscular. Se decidió ingresarla a Neonatología. El dato llamativo seguía siendo la hipotonía muscular junto con la dificultad de succión. Su evolución no fue satisfactoria desde el punto de vista neurológico. Para indagar en las causas, se relevaron antecedentes de convulsiones en el padre y un tío y, además, se envió a estudio la placenta alterada en su forma (arriñonada). Se informó luego “placenta del tercer trimestre con maduración vellositaria acorde a la edad gestacional y signos de isquemia”. Existían dos diagnósticos probables: hipereclexia y encefalopatía epiléptica neonatal, cuadros que no tienen que ver con el parto.

En cuanto a la distocia funicular que se presentó en el parto, el médico demandado sostuvo que no fue la circular de cordón la que habría provocado la moderada depresión neonatal, sino el nudo real de cordón, de difícil diagnóstico antenatal. A su modo de ver, no existió falta de control o alteraciones en las mediciones de las condiciones fetales.

A fs. 310 ss., se presentó TPC Compañía Argentina de Seguros SA y contestó demanda. Tras reconocer la vigencia de la póliza “claims made” que la ligaba a CS Salud —por entonces propietaria de Clínica Bazterrica—, denunció un tope de cobertura de US\$125.000, tanto por acontecimiento como por la totalidad de los reclamos que pudieran producirse durante la vigencia de la póliza. Aclaró que se denunciaron dos siniestros durante ese período.

En cuanto al fondo, sus argumentos son análogos a los expuestos por el profesional demandado, anteriormente reseñados.

A fs. 345 ss., Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda, contestó demanda en similares términos a los expuestos con anterioridad.

Omint SA, por su parte, relató los hechos en forma coincidente con los restantes demandados y señaló que el resultado fue imprevisible para los médicos.

A fs. 374 ss. se presentó A. T. F. Manifestó que el ingreso de K. por guardia se produjo a las 0:45 hs. del 6 de abril de 2010. Se confeccionó la historia clínica de ingreso y se realizó monitoreo fetal. Detalla el parto-grama y señala que a las 7:59 se produjo la rotura artificial de membranas, a partir de lo cual la atención fue plasmada en el parte quirúrgico que efectuó el médico obstetra interviniente. La beba nació a las 8:20 (sic), por su polocefálico, con circular de cordón deslizable al cuello y “nudo real de cordón” de 3405 gramos de peso, Apgar 5/8 y 39 semanas de edad gestacional. Requirió reanimación. Se diagnosticó “recién nacido deprimido moderado, ingresando a terapia in-

tensiva neonatal”. Explicó en qué consiste el nudo verdadero de cordón umbilical destacando que es infrecuente y de hallazgo en el parto, pues el diagnóstico antenatal, accesible por imágenes en algunos casos, es aún difícil e incierto.

Sostiene, básicamente, que no existe responsabilidad de su parte, porque le está prohibido realizar tratamiento fuera de los límites de sus incumbencias, toda vez que estas consisten en atender a la mujer embarazada, controlar el trabajo de parto y asistirlo en condiciones normales. Solicita se cite a Seguros Médicos SA.

A fs. 404, Federación Patronal Seguros SA se presentó y reconoció la póliza que celebró con el Colegio de Médicos de la provincia de Buenos Aires, en cuya nómina figura la cobertura asegurativa al Dr. J. C. G. P.

Luego de describir los antecedentes del caso, indica que si bien la niña presentó circular de cordón y nudo real de cordón, no se evidenciaron manifestaciones de sufrimiento fetal que pudieran justificar un cuadro de hipoxia/anoxia intraparto. Sostiene que no se presentaron signos tales como anomalías en la frecuencia cardíaca fetal y, por ende, no había motivos para indicar una operación cesárea. A su modo de ver, no hubo negligente control gestacional porque la circular de cordón no era previsible sino producto de movimientos fetales o maternos. El monitoreo y el líquido amniótico no revelaron alteraciones.

Seguros Médicos SA reconoció la vigencia de la póliza celebrada con A. T. F., con una franquicia de \$15.000 y un monto asegurado de \$100.000.

Una vez producida la prueba ofrecida por las partes y vencido el plazo para alegar, el 23/09/2020 la Sra. jueza dictó sentencia, admitiendo la demanda y condenando a todos los emplazados a pagar la suma que indica, con más sus intereses y las costas del juicio. Al propio tiempo, declaró inoponible a la actora las franquicias y condiciones limitativas del seguro y, por tanto, hizo extensiva la condena en toda su magnitud contra Federación Patronal Seguros SA (aseguradora del Dr. G. P.); TPC Compañía Argentina de Seguros SA (aseguradora de Omint SA de Servicios); Seguros Médicos SA (citada en garantía por A. T. F.) y contra la Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda. A su vez, declaró inaplicable al caso, por inconstitucional, el art. 730 del Cód. Civ. y Comercial, con costas por su orden. Finalmente, reguló los honorarios de todos los profesionales intervinientes.

El pronunciamiento fue apelado por todos los involucrados. Los emplazados procuran se revise la solución expuesta en el primer pronunciamiento y, en

subsidio, cuestionan los montos por los que prosperó el reclamo, la tasa de interés y la declaración de inaplicabilidad del art. 730 del Cód. Civ. y Comercial. La “Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda” se agravó porque se hizo extensiva la sentencia en su contra. Las restantes aseguradoras criticaron, además, la decisión de declarar la nulidad e inoponibilidad tanto de la franquicia como de la suma máxima asegurada.

La parte actora, a su vez, solicita se incremente la cuantía que fue reconocida.

II. Es inequívoco que, de conformidad con las reglas del derecho transitorio, la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico que, en el caso, es el Cód. Civil y sus leyes complementarias. Sin embargo, el nuevo ordenamiento aprehende las consecuencias que al tiempo de su entrada en vigencia no se encontraban consumadas (1).

Al respecto, cuadra distinguir —por un lado— la configuración del daño como elemento medular de la responsabilidad civil y, por otro, la fijación del monto resarcitorio que no es sino una consecuencia de esa relación jurídica que, al estar pendiente de determinación —deuda de valor— no se encuentra consolidada y, por tanto, ha de quedar gobernada por el Cód. Civ. y Com. de la Nación (2).

III. Por una razón de orden lógico, comenzaré el análisis de los agravios de los demandados.

El marco conceptual a la luz del cual debe ser examinado el caso ha sido exhaustivamente desarrollado por la colega de grado. No obstante, no está de más recordar sintéticamente algunos aspectos teóricos sobre cuya base fundaré mi voto.

No cabe duda de que la obstetricia es la rama de la medicina más expuesta al escrutinio público por los riesgos que con frecuencia trae aparejados. De allí, si bien no desconozco algunas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que consideran que la obligación del obstetra es obligación de resultado (3), comparto el criterio mayoritario que afirma que se trata de una obligación de medios (4). Desde esta perspectiva, el médico debe hacer todo lo posible para cumplir adecuadamente con las terapéuticas que deben llevarse a cabo sobre los pacientes cuya atención le ha sido confiada, de modo tal de no causar daños injustificados durante los procedimientos que realiza (5). En caso contrario se configurará su culpa, ya sea por impericia, o bien por negligencia o imprudencia.

Una fuerte tendencia señala que en la vida moderna no se puede vivir sin cometer errores (6). Es que,

por lo general, el éxito final de una práctica determinada no depende enteramente del profesional, sino que a veces se ve influenciado por factores ajenos a él, como —v. gr.— aquellas circunstancias imposibles de controlar. Esto significa que en muchas situaciones se ha prestado una diligencia adecuada y sobreviene igualmente un resultado inesperado. Por eso se dice que la medicina lejos está de ser una ecuación matemática y muchas veces se puede incurrir en error pese a haber obrado correctamente, de acuerdo a las directrices de la ciencia. Pero no hay error sino culpa cuando la falla proviene de una falta de atención o una in advertencia inexcusable —valorada de conformidad con lo dispuesto por el art. 902 del Cód. Civil— en un caso determinado (7).

Más allá de lo expuesto, no debe perderse de vista que, al intervenir valores tan trascendentes, la menor imprudencia, negligencia o descuido más leves, tendrán una dimensión especial en caso de que con ellos haya sido posible desencadenar responsabilidad profesional. De allí, es exigible a los profesionales una máxima diligencia que lleva a extremar el deber de prevención y adoptar todos los recaudos que resulten indispensables para atender a la seguridad del paciente (8).

Por cierto, cuando se discuten cuestiones ajenas al ordinario conocimiento de los jueces, la pericia médica adquiere singular trascendencia, pero de ello no se sigue que el juzgador se encuentre impedido de valorar sus conclusiones a la luz de la sana crítica (art. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), y mucho menos que se encuentre ligado por aquella, declinando —así— la función constitucional de juzgar, para la que fueron designados. Bien se ha dicho que la valoración de la prueba es un ámbito que incumbe especialmente al juzgador, por tratarse de materia jurídica (9), para lo cual puede valerse de la opinión de los expertos como así también de toda otra prueba que se aporte al proceso. En esto consiste —ni más ni menos— el ejercicio adecuado de la directiva que proporciona el art. 477 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, según el cual “la fuerza probatoria del dictamen será valorada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados, conforme a los artículos 473 y 474 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca”. De allí, cuando se han producido dos informes que contienen puntos de vista distintos, como ocurre en el caso, el juez examinará los fundamentos de uno y otro y si no son compatibles, dará preeminencia a aquel que genere mayor fuerza convictiva, ya sea por la exposición de los fundamentos o por la incumbencia de cada uno de los peritos, extremos ambos que permi-

tirán formar opinión sobre la responsabilidad de los profesionales involucrados.

En la especie, se produjeron dos informes periciales que llegaron a conclusiones distintas. Pero, más allá de la diferente interpretación final a la que arriban los expertos, las coincidencias entre ambos son las siguientes: a) el embarazo fue normal, no se presentaron signos de alarma; b) en la historia clínica no figuran signos de sufrimiento fetal previo al ingreso al quirófano; c) la anestesia aplicada antes del parto era suficiente para realizar, en su caso, una operación cesárea; d) la niña sufrió riesgo de vida; e) el monitoreo fetal al ingreso fue reactivo; f) según la historia clínica, el líquido amniótico al momento del nacimiento era claro; g) no figura en la historia clínica bradicardia ni meconio al momento del nacimiento; h) al nacer, se registró un Apgar de 5 y a los cinco minutos del parto era de 8; i) en la historia clínica de Obstetricia y Neonatología figura que se presentó un nudo real de cordón; j) el nudo verdadero de cordón no siempre es diagnosticable por ecografía; k) en la mayoría de los casos de niños que presentan daños neurológicos no siempre están relacionados con lesiones intraparto; l) la falta de oxígeno es solo una de las posibles causas de daño neurológico prenatal.

Las notorias diferencias entre las conclusiones del Dr. Sola (fs. 663/667) y las del Dr. Cortese se producen a partir de la interpretación de las constancias de la historia clínica. Para el primero, fue el nudo real de cordón el que desencadenó la hipoxia isquémica. Se trata de un evento imprevisible o de muy difícil diagnóstico ya que se instala en el último momento durante el período expulsivo del trabajo de parto. Incluso para el Dr. Sola, la presencia de líquido amniótico claro descarta sufrimiento fetal previo. No encontró ninguna anomalía en el partograma. Al momento del nacimiento, la menor no tuvo llanto espontáneo, seguía hipotónica con falta de reflejos a la estimulación. Nació deprimida. La hipoxia isquémica producida por el nudo real del cordón umbilical se detuvo al cortarlo de inmediato, pero las lesiones de hipoxia ya se habían producido en el cerebro y en los otros órganos. Destaca que la magnitud del daño experimentado surge a partir de datos objetivos, como son los valores de los gases en sangre que se midieron de inmediato. Así, el pH de 6.79 es casi incompatible con la vida, acompañándose con un exceso de base de -21.4, que se denomina acidosis metabólica extrema, que exhibe idéntica incompatibilidad. Verificados esos extremos, el equipo médico actuó con celeridad y efectuó maniobras adecuadas, pero resultaron tardías porque la Anoxia Isquemia por Nudo Real de cordón actúa en minutos.

Para el Dr. Cortese, en cambio, si bien los datos asentados en el partograma no revelan alteraciones

ni de latidos cardíacos fetales ni de la frecuencia e intensidad de la dinámica uterina, en el trazado del monitoreo fetal sí existe una alteración de la frecuencia cardíaca fetal, que no fue anotada en aquel, que tornaba indispensable el seguimiento estricto y la eventual intervención profesional (ver cuestionario de la codemandada F.). La alteración del trazado a que se refiere se produjo a las 6 hs.

Al formular las consideraciones médico-legales, el Dr. Cortese destacó que, entre el ingreso de la actora por guardia, a las 00:45 hs., y la hora en que la madre fue trasladada al quirófano y se inició el registro del partograma —a las 5:30 hs.— no figura ningún control. Subrayó, además, que hay un monitoreo fetal a las 6:00 hs. que, si bien no tiene el registro simultáneo de las contracciones uterinas, muestra una evidente desaceleración de los latidos. Dicho registro fue interrumpido. Al respecto, el perito informó que se sospecha peligro, compromiso o pérdida del bienestar fetal, si la frecuencia cardíaca inmediatamente después de una contracción está repetidamente debajo de 120 latidos por minuto. Añadió que es muy probable que exista peligro fetal si se ausculta que la frecuencia es inferior a 100 por minuto, aun con una buena recuperación, con carácter previo a la siguiente contracción. Cuando se observan desaceleraciones de esa magnitud es mejor continuar la monitorización del trabajo de parto de manera electrónica (fs. 655).

Destaca el perito Cortese, que luego del monitoreo que se realizó a las 6:00 hs. —que dos horas antes del nacimiento mostraba una llamativa caída en la frecuencia cardíaca fetal—, no consta ningún registro posterior, ni se menciona siquiera ese evento en el partograma. Tampoco se indica que se hubiera seguido un control exhaustivo o que se hayan adoptado las medidas habituales para este tipo de casos, como —v.gr. administración de oxígeno, decúbito lateral, inhibir las contracciones— para actuar en consecuencia, de acuerdo con su evolución. Las dos horas que pasaron desde que comenzaron los signos de alarma hasta el nacimiento fueron perjudiciales, pues la beba nació con acidosis grave. Concluyó, finalmente, que las desaceleraciones indicaban un compromiso fetal que fue ignorado y que debido a su persistencia en el tiempo afectó al feto, ya que la circular funicular, el nudo real de cordón y la acidosis al nacimiento en sangre de cordón confirman que había una causa de hipoxia intraparto dos horas antes del nacimiento (ver fs. 555 y vta.).

De la comparación precedente se deduce que el Dr. Sola solamente examinó los datos que figuran en la historia clínica y no advirtió —o, al menos, no hizo al respecto ninguna mención— que no se llevó a cabo ningún control entre el momento en que la madre ingresó por guardia y las 5:30 de la mañana en que fue

trasladada a quirófano. Tampoco señala en su informe la notoria disminución de la frecuencia cardíaca del feto que, como mínimo, exigía implementar una conducta médica distinta de la empleada por tratarse de un signo de alarma.

Por cierto, llama la atención que la disminución de la frecuencia cardíaca fetal no figura siquiera en el partograma, de modo que, al parecer, el codemandado G. P., actuó con prescindencia de la referida señal que, en definitiva, fue determinante para producir el resultado. Es significativo que el Dr. Sola no hubiera efectuado ninguna referencia a esos datos en su informe —que indudablemente tuvo a la vista— aunque más no sea para explicar por qué no los consideraba relevantes. Solo hizo reiterada mención a la imprevisibilidad del nudo real de cordón —que ciertamente se había formado— pero no parece haber realizado una lectura crítica de la historia clínica. Pienso, por tanto, que el enfoque distinto del problema por parte de ambos expertos, surge a partir de una interpretación lineal e incompleta de los antecedentes por parte del Dr. Sola.

Coincido, entonces, con la colega de grado en que existen elementos para inferir que el médico demandado no obró con la prudencia y diligencia que exigen las circunstancias pues, de otro modo, habría adoptado una actitud activa frente a la disminución de los latidos del feto. No paso por alto que, según los demandados, las dos horas transcurridas desde el comienzo de los signos de alarma hasta el nacimiento habrían dado como resultado la muerte segura del feto. Ante la falta de datos en la historia clínica sobre la evolución de la frecuencia cardíaca fetal en ese lapso tampoco es posible saber con certeza con qué intensidad o cómo evolucionó la hipoxia intraparto. Solo se conoce que la niña nació con acidosis grave, que los signos vitales eran incompatibles con la vida y que experimentó una lesión cerebral que la incapacitó gravemente.

En el contexto señalado, no abrigo dudas que la omisión de los controles fue decisiva para producir el resultado, pues normalmente el sufrimiento fetal en las condiciones descriptas en el informe del Dr. Cortese, es por sí misma suficiente para provocarlo. Pero aún si por mera hipótesis de trabajo se considera que la disminución de la frecuencia cardíaca fetal no fue la causa de las secuelas que exhibe la niña, sino que estas obedecen exclusivamente a los efectos de la aparición del nudo real o verdadero de cordón —imprevisible hasta el momento del nacimiento—, no se explica por qué razón fueron subestimados los signos de alarma, no se evaluaron los parámetros clínicos y obstétricos en la madre ni se registraron las contracciones uterinas en los controles finales del parto.

Para apreciar la culpa médica, se han expuesto distintas alternativas. Así, es cada vez más frecuente encontrar pronunciamientos que, con sustento en lo que se denominan “cargas probatorias dinámicas”, desplazan la carga de la prueba a quien está en mejores condiciones de arrimar elementos al proceso. También la regla *res ipsa loquitur* ha permitido fundar condenas cuando el daño no puede explicarse, de acuerdo con el sentido común, sino por la existencia de culpabilidad, pues el resultado producido no es la consecuencia normal ni integra el riesgo médico corriente o habitual. En el derecho comparado, por su parte, se han formulado las teorías de la prueba de “primera impresión”, de la “*anscheinbeweis*”, entre otras, de manera que evidenciados por el paciente ciertos datos empíricos, el juez ha de tener por probada la falta galénica o del centro asistencial cuando el daño, en su ocurrencia según la experiencia, no pudiera explicarse de otra manera que no fuese en virtud de la comisión de la referida culpa, a menos que se rindiera una contraprueba eficaz: su no culpa o el *casus* (10).

Algo similar aconseja alguna doctrina a la hora de flexibilizar la prueba del nexo causal, que suele ser dificultoso de acreditar para los profanos. La teoría de la *causalité virtuelle* y de la presunción de causalidad —originadas en la jurisprudencia de la Casación francesa y seguida en distintos países de Europa— (11), postula una libre valoración de la relación causal y consiguiente inversión de la carga probatoria. En consecuencia, se presume el nexo causal entre el daño y la conducta del facultativo que no consta de modo directo o cierto y se condena a este a reparar el perjuicio. También se esbozó la *creation d'un risque injustifié* por el facultativo. En verdad, estas teorías, en estado puro, no han sido bien recibidas por la doctrina y la jurisprudencia nacional. Es que, en nuestro derecho, no se admite la teoría de la *causalité virtuelle*, sino que la carga de probar el nexo causal recae, en principio, sobre el pretensor (12), de manera que el paciente está precisado a producir las pruebas que proporcionen elementos que autoricen a tener por vinculada la conducta o el hecho con el resultado. Con esos datos, podrá presumirse la adecuación de las consecuencias, si las reglas de la experiencia indican que un hecho debió ser causa de un daño, según un criterio de regularidad (13). Sin perjuicio de ello, se ha señalado que ciertas negligencias abstractas —por sí solas no causales— (v.gr., historia clínica mal llevada, quirófano con falta de asepsia, instrumentos médicos insuficientemente esterilizados, etc.), generan una situación de riesgo de dañosidad, de modo que todas estas circunstancias pueden contribuir de manera coadyuvante o corroborante de otros elementos probatorios, a efectos de tener por demostrada la relación causal (14).

Generalmente, por las dificultades que muchas veces trae aparejada la prueba a cargo del damnificado —que, por cierto, no se encuentra en igualdad de condiciones que los profesionales— algunos autores y fallos sostienen que la prueba presuncional juega un rol trascendente a la hora de valorar la vinculación entre el resultado y un acto médico o paramédico específico, en aquellos supuestos en que no existe certeza o cuando se trata de “cursos causales no verificables” (15). De allí, frente a la inexistencia de evidencia científica directa, es posible concluir en la configuración de los presupuestos de la responsabilidad por incumplimiento cuando de las circunstancias puede deducirse la probabilidad o previsibilidad objetiva que autorice a suplir la prueba categórica y completa del nexo causal. A tal efecto en algunos pronunciamientos se ha sostenido que el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia, si los elementos de juicio suministrados autorizan a tener por acreditado un grado suficiente de probabilidad (16). No se trata de aceptar la teoría de la *causalité virtuelle* la de la *creation fautive d'un état dangereux*, antes mencionadas, sino en todo caso, esta última con algunas correcciones (17).

Por lo demás, como bien advirtió la jueza, las omisiones que contiene la historia clínica no favorecen en absoluto la postura de los demandados. De allí, si dicho instrumento —que es primordial para reconstruir el modo en que tuvieron lugar los hechos— es incompleto o fue mal confeccionado y el desenlace aparece como exorbitante frente a los antecedentes verificados, no cabe otra explicación plausible que sostener que el obstetra no obró con la diligencia que es exigible durante los controles inmediatamente anteriores al parto. Repárese que la historia clínica inexplicablemente no refleja la existencia de sufrimiento fetal agudo que llevaba necesariamente a sospechar que la beba podría experimentar al nacer un síndrome hipóxico-isquémico. Ante esa falta de registración, como lógica consecuencia, tampoco se efectuó un seguimiento exhaustivo y continuo del proceso de oxigenación y de la frecuencia cardíaca. De modo que esa falla en la anotación de los signos relevantes constituye un indicio grave que da cuenta de que la conducta médica no se ajustó a la *lex artis* y dio como resultado un diagnóstico erróneo.

No paso por alto que la obra social demandada hizo hincapié en que la placenta exhibía una forma anómala, arriñonada que motivó que fuera estudiada. Sin embargo, dicho extremo no parece haber incidido en el resultado o, al menos, no lo probaron quienes estaban en mejores condiciones para acreditarlo. Advierto además que de haber sido un factor decisivo en el desenlace, no encuentra explicación por qué motivo, a lo largo de todo el proceso de gestación se hizo hincapié en que el embarazo fue normal y no existieron

factores de riesgo ni en el feto ni en la madre. Tampoco se sostuvo que la irregularidad que se denuncia y que pudo haber incidido en el desarrollo y oxigenación de la persona por nacer, hubiera provocado la hipoxia.

No puede soslayarse que en varios pasajes de este proceso se pretende inclinar la investigación de las causas de la grave afección a otros factores, como la edad de la madre, su sobrepeso, patologías presentes en el padre y en tío de la niña y a la formación arriñonada de la placenta. Pero nada indica que alguna de esas variables hubiera incidido en el resultado. La resonancia magnética del encéfalo efectuada en los días posteriores inmediatos al nacimiento dio cuenta de que las estructuras anatómicas eran normales, en tanto que el informe de neurología diagnosticó que la menor experimentó encefalopatía crónica secundaria a hipoxia isquémica perinatal (543/4). Y es en este punto que advierto que los informes médicos no son absolutamente contradictorios sino que tienen algunos aspectos en común, toda vez que, más allá de las dudas razonables sobre el origen de la afección, existe coincidencia en el diagnóstico final por cuanto ambos expertos indican que existió lesión neurológica del sistema nervioso central, solo que para el Dr. Sola la hipoxia isquémica obedeció a la imprevisible presencia del nudo verdadero de cordón, en tanto que para el Dr. Cortese, el sufrimiento fetal era claramente detectable dos horas antes del parto y pudo haber sido conjurado si se hubieran adoptado los controles que exigen las reglas del arte, seguidos por supuesto de una conducta profesional apropiada.

Coincido con la colega de grado —reitero— en que las constancias agregadas a esta causa permiten inferir con suficiente grado de certeza, que el informe pericial elaborado por el Dr. Cortese es más completo y razonado, en la medida que subraya la falta de registración de datos relevantes, extremo que no ha sido negado. Ellos llevan a inferir que existió culpa profesional. Esas apreciaciones, insisto, resultan convincentes (art. 477 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), pues a partir de una errónea lectura de los signos, no se advirtió el riesgo que corría el feto ni se adoptaron las medidas adecuadas para evitar el sufrimiento fetal agudo, que pudo ser conjurado si se hubieran practicado con premura las medidas que requería la gravedad de la situación (art. 902 Cód. Civil).

En tales condiciones, con respecto al codemandado G. P. resulta aplicable el criterio según el cual con elementos de juicio concretos aportados al proceso “... el juez conformará un tipo abstracto de comparación, flexible, circunstancial, específico, que represente la conducta que debió obrar el agente en la emergencia. Y de la confrontación entre el actuar real y el actuar debido (idealmente supuesto) surgirá si hubo o

no hubo culpa (18). Se ha dicho —así— que la negligencia consiste en la conducta omisiva, contraria a las normas que imponen determinado comportamiento solícito, atento y sagaz. Es decir, obra con negligencia quien no toma las debidas precauciones que imponían las circunstancias del caso (19).

IV. No encuentro, en cambio, razones para condenar a F. Es que, si el médico que asistió a la paciente durante el embarazo estaba presente durante el proceso inmediatamente anterior al parto, era el principal encargado de dirigir su desarrollo y, en su caso, ante las dificultades que se fueron presentando, era quien estaba llamado a definir si aquel se haría mediante cesárea o por vía vaginal. La indiferencia frente al riesgo del que daba cuenta la disminución de la frecuencia cardíaca de la beba, revela que el médico obstetra no estuvo a la altura de las circunstancias y, por tanto, debe responder a título de culpa (art. 512 Cód. Civil) por las graves secuelas neurológicas sufridas por la niña.

En tales condiciones, aun cuando en algún caso podría endilgarse responsabilidad a la actuación de la partera si el incumplimiento de los deberes a su cargo fuera causa eficiente y adecuada de los perjuicios sufridos por la madre o por el hijo, a mi modo de ver no se presenta esa situación en la especie. Por un lado, se trata de una auxiliar del médico obstetra durante la evolución del trabajo de parto que concluye con el nacimiento, a quien no le incumbía decidir el procedimiento a seguir. Pero, además, la partera actúa a las órdenes del médico obstetra que, en el caso estaba presente. Repárese que la ley 17.132 admite la subordinación profesional de la obstétrica, cuya actividad es de colaboración y se ejerce bajo el control y dirección del profesional médico. No advierto entonces hecho alguno atribuible a la actividad de la partera que sea demostrativo de culpa en su función, ni tampoco que alguno de sus actos hubiera causado el daño.

Por tanto, a mi juicio, corresponde acceder a las quejas de A. T. F. y, por ende, liberar también a Seguros Médicos SA.

V. En los agravios coincidentes de Omint y TPC Compañía de Seguros SA se sostiene que no debió condenarse por el 100% de los daños, sino por la chance de haber nacido sin los gravísimos problemas que exhibe M., toda vez que la vuelta de cordón y el nudo real o verdadero de cordón no fueron puestos por el profesional, sino que se trató de una patología propia intraparto.

Es sabido que en todos los casos en que se encuentra involucrada la pérdida de una chance, la víctima solo contaba con una posibilidad o probabilidad

de ver finalmente obtenida una ganancia o evitado un perjuicio. La principal característica de la pérdida de una chance —y no de otra especie de perjuicio— es justamente que lo único que existe es una posibilidad, pero no una certeza sobre la producción del resultado. El eventual beneficio que espera la víctima puede o no ocurrir, y en definitiva, nunca se sabrá si habría acaecido de no haber mediado el evento dañoso. Como indica Chabas respecto de la responsabilidad médica: “...es necesario, entonces, que la víctima haya estado ya comprometida en un proceso que podía conducirla a la muerte de tal manera que, después del acto o la abstención inculpada al médico, han quedado eliminadas las chances de no morir” (20). Señala dicho autor que la diferencia entre el resultado perdido y la chance no es un asunto de grados, sino una cuestión de esencia (21).

En este caso, es verdad que ni la circular de cordón deslizante ni el nudo verdadero o real de cordón fueron puestos por el profesional que asistió el parto. También lo es que aun cuando se hubieran adoptado las medidas apropiadas a tiempo, no era posible tener absoluta certeza del resultado. Sin embargo, dicha falta de certeza proviene en el caso de la esencia propia de la medicina que no es una ciencia matemática, extremo que debe distinguirse cuidadosamente de la chance, que compromete el proceso que podía conducir a la pérdida de lo que estaba en juego. La chance no es lo mismo que el riesgo que supone toda actuación médico-asistencial. No diferenciar claramente la posibilidad —contenido de esta especie de daño— y el evento esperado en sí mismo puede traer como corolario que en determinados supuestos se confundan los casos en que la víctima tiene solo una posibilidad de obtener el beneficio, y aquellos en que ella tiene todas las chances de que acaezca el resultado favorable. Cabe diferenciar, entonces, tener chances de no morir o de no padecer lesiones graves y la de tener todas las posibilidades de vivir o de evitar el daño (22). De lo contrario, la noción de chance serviría de coartada para escurrir la culpa médica pues, de ser así, los profesionales solo responderían si hubieran incurrido en una conducta deliberada, o si con su intervención causaron un daño hasta entonces inexistente.

Pienso entonces que, frente a los signos de alarma que fueron ignorados y que comenzaron dos horas antes del parto, una actitud diligente en línea con los signos de los que daba cuenta el último estudio realizado, se hubiera podido evitar el penoso resultado. Por tanto, en este punto debería confirmarse lo decidido por la jueza de grado en tanto hizo responsable al médico obstetra, al establecimiento asistencial, a la obra social demandada y las aseguradoras por la totalidad de los perjuicios causados.

VI. Probada la culpa del obstetra, surge —sin más— la responsabilidad del establecimiento asistencial como de la obra social demandada. Al respecto, se ha sostenido que la responsabilidad tanto de los hospitales y de las clínicas como así también de las obras sociales o de las empresas de medicina prepaga es directa y objetiva. Basta entonces con probar la falta médica para que estas respondan por los daños causados (23) (24). Pero aun cuando se analice la cuestión desde otro enfoque y se entienda que en estos casos se produce una estipulación a favor de terceros o bien se sostenga que la clínica o el hospital responden en forma refleja —con sus respectivas variantes— como bien sostiene Kemelmajer de Carlucci, en el orden práctico, se llega a la misma conclusión, esto es, que los centros asistenciales responden por la mala praxis en que incurrieron los médicos o por el hecho de sus dependientes —enfermeros, camilleros, etc.— no pudiendo exonerarse probando que eligieron o vigilaron correctamente a sus médicos (25).

En el contexto explicado, encuentran respuesta los agravios de la Obra Social de la Actividad de Seguros. Aun cuando es cierto que no se trata de una empresa de medicina prepaga, sino que tiene un régimen específico, por más que por vía de hipótesis se considere que no resulta de aplicación el régimen de consumo al que se ha referido la juzgadora, la solución final que propicio es coincidente con la alcanzada en el primer pronunciamiento, en la medida que la atención de la actora tuvo lugar en uno de los establecimientos cuya contratación fue expresamente admitida por la referida obra social. Los convenios o cláusulas de indemnidad que hubiera pactado esta última con los prestadores es, por cierto, inoponible a sus afiliados que no participaron en el acuerdo.

VII. Los agravios de TPC Compañía de Seguros SA y de Federación Patronal Seguros SA giran en torno a la declaración de nulidad e inoponibilidad de las cláusulas del seguro contratado a la actora.

Cabe destacar, en primer lugar que, como bien destaca “Federación Patronal”, ambas aseguradoras reconocieron la cobertura. Solo TPC Compañía de Seguros SA identificó su cobertura con una cláusula de las denominadas *claims made*, pero dicha modalidad contractual no ha incidido en la garantía que ha prestado en este caso en particular. Incluso, la suma asegurada ha sido pactada en moneda extranjera —dólares estadounidenses— de modo que las observaciones que se realizan en torno a la pérdida del poder adquisitivo del peso, no resultan de aplicación a la póliza contratada por TPC y CS Salud SA —hoy Omint SA— responsable de la Clínica Bazterrica.

Tampoco se hizo valer la exclusión de cobertura por adulteración de la historia clínica, extremo este

que tampoco ha sido fehacientemente probado, pues en todo momento, tanto la sentencia que se revisa como este voto, se refirieron a las omisiones que contiene aquella pieza, pero no se ha concluido que hubiera sido deliberadamente adulterada.

En tales condiciones, los fundamentos del fallo para declarar la nulidad de sendas pólizas devienen, cuando menos, superfluos.

Cabe destacar que por más que sea una práctica habitual de los establecimientos médicos exigir a los profesionales la contratación de un seguro, no se trata en el caso de un seguro obligatorio impuesto por la ley, como ocurre, por ejemplo, en el caso del seguro automotor (art. 68 de la ley 24.449), o el previsto para los establecimientos asistenciales.

Las conclusiones precedentes no son de aplicación a la póliza celebrada por Federación Patronal. En este caso, se ha pactado el tope de \$200.000 por todos los acontecimientos que pudieran ocurrir durante su vigencia, y un descubierto a cargo del asegurado del 10% del siniestro —mínimo 3% y máximo 6% sobre suma asegurada—.

Es claro que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 118 LS, cualquiera sea el alcance de la sentencia dictada en una acción de daños y perjuicios, su ejecución contra el asegurador no podrá exceder el límite de la cobertura, pues la norma solo reconoce el derecho de ejecutar la condena a su respecto en la medida del seguro, expresión esta que debe entenderse (equivalente) a la suma asegurada. (26) No obstante, en épocas de elevada depreciación de la moneda, el tope histórico convenido puede quedar reducido a una parte ínfima del monto de condena. El envilecimiento constante del peso, ligado a la dilatada duración de los juicios, constituyen factores que conspiran contra el cumplimiento de la finalidad prevista por el legislador. Repárese que en esa hipótesis el seguro tiene la certeza de que su obligación siempre estará circunscripta a una suma determinada e inalterable, por más que el transcurso del tiempo y la influencia de la erosión constante de su poder adquisitivo, la transforme en irrisoria. El asegurado, como sucede en este caso, ve cristalizado el tope de la cobertura y menguada la garantía contratada en el momento del pago de la condena. Repárese que el siniestro que aquí se debate tuvo lugar en el año 2010, la demanda se promovió en 2015 y la póliza entre el Colegio Médico de la Provincia de Buenos Aires —en donde figura como asegurado el codemandado J. C. G. P.— fue celebrada el 1° de julio de 2007.

Al respecto, en un pronunciamiento reciente, esta Sala ha resuelto que cuando se trata de un seguro voluntario de responsabilidad civil, para evitar resul-

tados como el que surgiría de aplicar literalmente la suma total asegurada, debe recurrirse a la aplicación de leyes análogas (art. 2 del Cód. Civ. y Comercial). En ese sentido, el Tribunal entiende que la situación que guarda semejanza con los antecedentes de este caso es la regulada por el art. 32 de la ley 27.440, 27 que rige para seguros voluntarios de retiro. 28 Dicha norma establece que “las pólizas de seguros para casos de muerte, incluyan o no modalidades de capitalización, y los seguros de retiro en todas sus modalidades podrán actualizarse por el Coeficiente de Estabilización de Referencia, según lo establecido en el artículo 27 del decreto 905/2002, ratificado por el artículo 71 de la ley y por otros índices aprobados por la normativa vigente, sin que sea de aplicación para estos casos los artículos 7° y 10 de la ley 23.928 y el artículo 765 del Cód. Civ. y Com. de la Nación”. En consecuencia, desde la fecha de entrada en vigencia de dicha norma y hasta el efectivo pago de la condena, se aplicará el índice previsto en el citado artículo sobre el tope de cobertura que surge de la póliza (29).

VIII. Me ocuparé de las quejas vinculadas al reclamo indemnizatorio. Los emplazados consideran excesivas las sumas por las que prosperó la acción, en tanto que los actores sostienen que resultan insuficientes.

i.- Incapacidad sobreviniente

Es bien sabido que el escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. Por tanto, debe señalar parte por parte los errores fundamentales de la sentencia y realizar un análisis razonado que demuestre que es errónea, injusta o contraria a derecho. No es admisible remitirse a presentaciones anteriores (art. 265 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), ni a argumentos previos como así tampoco realizar apreciaciones genéricas o subjetivas que solo revelen una mera disconformidad con la resolución apelada (30). La falta de observancia de las pautas expuestas trae como consecuencia la falta de apertura de la Alzada y, por consiguiente, la deserción del recurso de apelación (art. 266 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Esta es la situación que advierto con respecto a las quejas de la parte actora, por cuanto los padres en representación de la menor, se han limitado a discrepar con la cuantía fijada, sin exponer fundamentos autóricos que autorice a incrementar las partidas.

Con relación a las quejas de los emplazados destaco que, según se desprende de los antecedentes incorporados a la causa, M. L. T. K. nació deprimida grave por el cuadro de asfixia experimentado durante el parto, que impactó en su cerebro. Siete años después del nacimiento, la Dra. T. —neurólogo infantil

que la asiste— informó que la niña padece una encefalopatía epiléptica sintomática, fármaco resistente, a pesar del uso de múltiples combinaciones de drogas antiepilépticas. Las dos RMN de cerebro realizadas muestran severas lesiones lacunares, compatibles con signos de daño hipóxico talámico y estriado bilateral, adelgazamiento del manto cortical y sustancia blanca cerebral, lesión cortical occipital mesial derecha. Las lesiones corresponden a una severa encefalopatía hipóxico isquémica perinatal. Luego de dejar constancia de que M. es llevada regularmente a control, la Dra. Tenenbaum mencionó que ha requerido internación por un cuadro de dificultad respiratoria y fiebre, probablemente secundario a mecanismo aspirativo (fs. 544).

Como consecuencia de la lesión cerebral, M. presenta hipotonía muscular, flacidez, no puede mantenerse de pie ni caminar, su inteligencia se encuentra afectada, no habla y está parcialmente desconectada del ambiente y consigo misma. Se hallaron, además, severos daños del sensorio motriz, convulsiones y equivalentes epilépticos. Requiere continua asistencia de terceros. Tan importante es su desconexión que no ha sido posible llevar a cabo ninguna de las técnicas usualmente empleadas para realizar el examen psicológico.

Como se advierte, la gravedad de las lesiones se refleja en la incapacidad total que exhibe la niña desde el nacimiento.

Los emplazados sostienen que los 60 años estimados por los progenitores resultan excesivos, pues la expectativa de vida de M. no puede superar la edad de 30. Aunque en ningún caso se ha proporcionado sustento científico sobre esas afirmaciones, no corresponde a mi juicio computar la expectativa de vida en concreto sino la genérica que corresponde a cualquier persona en condiciones normales, pues no es dudoso que la esperanza de vida menguada es el resultado de la mala praxis profesional y constituye, por cierto, una de las aspiraciones frustradas por la culpa enrostrada a los responsables pues, si se hubiera obrado con diligencia, M. habría conservado intactas aquellas expectativas, como cualquier persona de su edad.

Por lo demás, más allá de la cuantía solicitada en la demanda, el pedido quedó supeditado a lo que en más o en menos resulte de la prueba. La acción — como dije— fue iniciada en el mes de noviembre de 2015. Al respecto, cabe tener en cuenta que es doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia que “la condena judicial no quebranta los términos de la litis ni decide *ultra petita* aun cuando exceda el importe indicado en la demanda, si la expresión de este último ha sido seguida de la reserva relativa a “lo que en

más o en menos resulte de la prueba”. Esto es así por cuanto, en tales condiciones, debe entenderse que la determinación de los daños ha sido librada a lo que surja acreditado en el período probatorio que, obviamente debe ser valorado por el juzgador (31). Ese es uno de los beneficios que presenta la fórmula mencionada, que permite apreciar las oscilaciones intrínsecas del daño (32).

Desde otro ángulo, es preciso señalar las características propias de la víctima que, desde el nacimiento, vio frustrada la posibilidad de llevar una vida digna pues carga desde entonces con una gran discapacidad que desde los albores de su existencia obstó a la formación armónica de su personalidad, impidiéndole desempeñarse en la vida cotidiana en las mismas condiciones que los demás.

Por tanto, si sobre la base del 100% de incapacidad, se computa la edad promedio de vida —75,28—, y la evolución probable de ingresos que hubiera podido obtener a partir de la mayoría de edad de no haber quedado impedida, pienso que la suma de \$14.000.000 fijada en el pronunciamiento recurrido no es elevada y postulo mantenerla.

ii.- Daño moral

Participo de la postura que sostiene que la indemnización del daño moral es satisfactoria de un interés extrapatrimonial que ha sufrido agravio, de modo que las personas de muy corta edad o que carecen de conciencia, tienen igualmente derecho a la referida indemnización, ya que no debe entenderse como la reparación de un modo de sentir agravio, dolor o pena moral, sino como resarcimiento objetivo de un bien jurídico que también se atribuye a los incapaces (33). Para la teoría objetiva a la que adhiero, la característica del daño extrapatrimonial no es el sufrimiento, sino la violación de algunos de los derechos inherentes a la personalidad, los que están presentes en cualquier persona aun cuando algunas veces no puedan desplegar por sí mismas la actividad que constituye su contenido (34). Esta conclusión ensambla con el estatus constitucional que se ha reconocido al principio *neminem laedere* y, con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 CN), que impone que la interpretación que se realice en función de los niños debe ser aquella que consulte su mejor interés (art. 3).

Por lo demás, es bien sabido que, en principio, nadie mejor que el propio interesado puede cifrar este tipo de perjuicio por el carácter personal y subjetivo que lo caracteriza, cuadra tener presente que, por tratarse de una deuda de valor, es procedente que el juez fije el importe prudencialmente al momento de dictar

sentencia, siempre que guarde razonable proporción con lo solicitado al momento de interponerse la demanda.

En tales condiciones, advierto que la suma fijada por este renglón resulta elevada, de modo que, a efectos de que guarde proporción con el reclamo, postulo reducirla a la de pesos dos millones quinientos mil (\$2.500.000).

iii.- Gastos de futuros tratamientos.

Al fundar esta partida, los padres de la niña manifestaron que, actualmente, la obra social se hace cargo de su tratamiento. Sin perjuicio de ello, destacaron que, en el futuro puede haber otras terapéuticas más exhaustivas o adelantadas en cualquier parte del mundo, razón por la cual la presente petición incluye como valor indemnizable la posibilidad de esos futuros tratamientos para el desarrollo de la menor.

Se ha comprobado que a raíz del cuadro de encefalopatía hipóxico isquémica con manifestaciones epilépticas que padece M., necesitará durante toda su vida de asistencia permanente, cuidados complejos, la intervención de un equipo interdisciplinario, estimulación sensorio motriz, aparatos ortopédicos, silla de ruedas, que a medida que se amortice el uso y crezca la niña, deberán ser reemplazadas.

Coincido con la colega de grado en las enormes dificultades que se presentan a la hora de fijar de antemano una suma única para atender a los gastos médicos futuros, no solo por las enormes posibilidades científicas que generalmente aparecen y podrían modificar el panorama actual en cuanto a la posibilidad de realizar nuevos intentos para mejorar la salud sino, además, por los eventuales cambios que pueda experimentar la niña a lo largo de los años, extremo que aprehende el tiempo estimado de sobrevida.

Tampoco puede prescindirse del contexto normativo vinculado a las prestaciones de salud de las personas con discapacidad, que dispone una amplia cobertura para sus necesidades. Así, el Programa Médico Obligatorio y el Sistema de Prestaciones Básicas que prevé la ley 24.901, y que se complementa con otras normas —v.gr. ley 26.682, 26.480—. Concretamente, la obra social demandada ha proporcionado numerosas prestaciones en los términos señalados por la legislación vigente, de conformidad con lo que surge del informe pericial contable producido a fs. 630/635. Incluso, en la demanda se reconoce la cobertura recibida.

Para fijar la cuantía de este renglón, no puede prescindirse de las directivas de las Convenciones Internacionales —algunas de las cuales tienen jerarquía cons-

titucional (art. 75 inc. 22 CN)— que prestan especial tutela a toda persona en situación de vulnerabilidad en cuanto a su estado de salud, protección que se intensifica cuando el afectado es una niña o un niño (35).

Frente a este panorama, aun cuando en el futuro pudieran surgir nuevas terapéuticas no cubiertas —aquí o en otro lugar del planeta— la suma por la que prosperó este renglón me parece muy elevada para cubrir esa eventualidad que, por el momento, parece solo una hipótesis lejana, aunque probable. En tales condiciones, juzgo prudente reducir la suma fijada para esta partida a la de pesos tres millones (\$3.000.000).

IX. Los demandados sostienen genéricamente que no corresponde fijar los réditos desde el momento del parto, porque implicaría un enriquecimiento sin causa para la actora.

Tratándose de un menoscabo causado a la persona en razón de la falla incurrida en el transcurso del cumplimiento de la prestación médico-asistencial, es adecuado hacer correr los intereses desde que se verificó el incumplimiento material pues, contrariamente a lo que sostienen los apelantes, los demandados incurrieron desde entonces en retardo jurídicamente relevante (36). Es que, como se ha dicho —con razón— en los casos de mala praxis médica la mora se produce en el mismo instante del acto médico desencadenante de los daños por los que prospera la pretensión, por lo que los intereses corren desde ese momento. Es que aun frente a hipótesis de responsabilidad contractual tratándose de una obligación incumplida en forma definitiva no es necesaria la previa intimación para constituir en mora (37). Por tanto, corresponde desestimar los agravios formulados sobre el particular por los emplazados.

Por lo demás, la sentencia fijó los daños a valores actuales, temperamento que he seguido a lo largo de este voto, en que tuve en cuenta la indemnización a valores del pronunciamiento recurrido. De allí, solo cabe coincidir con el fallo apelado en cuanto a que desde el incumplimiento y hasta la fecha de la sentencia de primera instancia, corresponde aplicar la tasa pura del 8% anual y desde allí en adelante, la tasa activa cartera préstamos nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (38). Ello, con excepción de los gastos por futuros tratamientos cuyos intereses, en este caso en particular, por el carácter netamente futuro del gasto, serán liquidados a la tasa activa a partir de la sentencia de primera instancia.

X. Constitucionalidad del art. 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

El análisis de constitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones a llevar a

cabo por un tribunal, y es un acto de suma gravedad que impone ser considerado como la última ratio de nuestro orden jurídico. Por tal motivo es preciso que los jueces sepan mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones (39). De allí que un tribunal de justicia no puede sustituir al legislador y decidir según sus propios criterios en forma general las causas sometidas a su decisión, pues de ese modo estaría invadiendo la esfera propia del poder legislativo.

Dada la trascendencia que reviste un análisis de constitucionalidad, se sabe, no pueden mediar inconsistencias. Para declarar la inconstitucionalidad de la norma, debe demostrarse claramente de qué manera esta contraría la Constitución Nacional y debe probarse, asimismo, que ello ocurre en el caso concreto (40).

En la especie, se advierte que la normativa cuestionada tiene el propósito de limitar el daño resarcible que debe afrontar el deudor, entendido aquello como uno de los arbitrios enderezados a disminuir el costo de los procesos judiciales y morigerar los índices de litigiosidad, apuntando a asegurar la razonable satisfacción de las costas del proceso judicial por la parte vencida, sin convalidar excesos o abusos.

La limitación de responsabilidad que establece el art. 730 del Cód. Civ. y Comercial —al igual que su antecedente inmediato anterior— obedece a razones de interés público y constituye un régimen especial válido, adoptado por el órgano legislativo dentro de sus potestades reglamentarias (41). Repárese que la finalidad que tuvo en miras el legislador se manifiesta como uno de los arbitrios posibles enderezados a disminuir el costo de los procesos judiciales y morigerar los índices de litigiosidad, asegurando la razonable satisfacción de las costas del proceso judicial por la parte vencida, sin convalidar excesos o abusos. La elección de otros medios posibles y conducentes para tales objetivos constituye una cuestión que excede el ámbito del control de constitucionalidad y está reservada al Congreso (42). El criterio fue ratificado posteriormente en “Scaglione” (43) y “Fernández” (44), a los que me remito para evitar reiteraciones innecesarias.

Sobre la base de los postulados anteriormente señalados, pienso que en tanto la decisión apelada declaró la invalidez constitucional del art. 730 del Cód. Civ. y Comercial, debe ser revocada.

XI. Las demandadas se agravaron por la imposición de las costas. En atención al criterio objetivo que se desprende del art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, no advierto ningún motivo por el cual apli-

car la excepción que contiene el segundo párrafo de la referida norma. Por tanto, propicio desestimar las quejas vinculadas a esta cuestión.

Incluso, voto porque las costas de Alzada sean impuestas también a los demandados, en atención a la finalidad que cumplen en juicios como el presente y porque —además— fueron sustancialmente vencidos en los recursos. Ello, con excepción de las causadas por la intervención de A. T. F. y Seguros Médicos SA, que resultan excluidos de la condena, respecto de los cuales propongo establecer las costas por su orden, por las particularidades que ofrece la cuestión debatida.

XII. En síntesis. Voto por revocar la sentencia en cuanto condena a A. T. F., desvinculándola de la condena, al igual que a “Seguros Médicos SA”. Propicio, además, reducir la partida por daño moral a la de pesos dos millones quinientos mil (\$2.500.000) y la de gastos por tratamientos futuros a pesos tres millones (\$3.000.000). Postulo —asimismo— modificar el curso de los intereses en cuanto a los gastos por futuros tratamientos, los que correrán a la tasa activa a partir de la sentencia de primera instancia.

También propongo revocar la decisión de declarar la nulidad e inoponibilidad de las cláusulas de la póliza celebrada por TPC Compañía Argentina de Seguros SA, debiendo hacerse extensiva la condena en su contra en los términos del art. 118 de la ley 17.418. Similar temperamento sugiero con relación a Federación Patronal Seguros SA, aunque en este caso postulo aplicar el CER en los términos del art. 32 de la ley 27.440, a partir de la entrada en vigencia de esta última norma.

A su vez, por los fundamentos expuestos en el considerando X, deberá revocarse lo decidido en primera instancia en punto a la declaración de inconstitucionalidad del art. 730 del Cód. Civ. y Comercial.

En lo demás, voto por confirmar la sentencia, en cuanto ha sido materia de agravio.

De compartirse, postulo imponer las costas de Alzada a los demandados vencidos, con excepción de las causadas por la intervención de A. T. F. y Seguros Médicos SA que sugiero imponer por su orden.

El doctor *González Zurro* adhiere por análogas consideraciones al voto precedente. Se deja constancia de que la Vocalía N° 37 se encuentra vacante.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal resuelve: 1) revocar la sentencia en cuanto admite la demanda contra A. T. F., rechazando la demanda a su respecto. Por tan-

to, desvincular a “Seguros Médicos SA” de la condena, con costas en el orden causado (art. 68, segundo párr. Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); 2) revocar la también en cuanto declara la nulidad e inoponibilidad de las cláusulas de las pólizas celebradas por TPC Compañía Argentina de Seguros SA y por Federación Patronal Seguros SA, disponiéndose que en el caso de esta última se proceda de conformidad con lo dispuesto en el capítulo VII; 3) reducir los montos por daño moral y gastos por futuros tratamientos médicos, a la suma de \$2.500.000 y \$3.000.000, respectivamente; 4) disponer que en el caso de los gastos por futuros tratamientos los réditos se liquiden a la tasa activa a partir de la sentencia de primera instancia; 5) confirmar el pronunciamiento en todo lo demás que decide y fue materia de apelación, con costas de Alzada a los vencidos (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); 6) En atención a la forma en que se resuelve que modifica la base regulatoria, se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia de primera instancia (conf. art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y art. 30, segundo párrafo de la ley 27.423) y en consecuencia, se procede a adecuarlas de conformidad a la normativa mencionada. El 4 de septiembre de 2018, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció respecto de la aplicación temporal de la ley 27.423, en “Establecimiento Las Marías SACIFA c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa”, de modo coincidente con lo decidido por la mayoría del Tribunal (cf. esta Sala en “Grosso, C. c. Greco, M.” del 30 de mayo de 2018). Desde esa perspectiva, el nuevo régimen legal no resulta aplicable a los procesos fenecidos o en trámite, en lo que respecta a la labor desarrollada durante la etapa concluida durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432, o que hubieran tenido principio de ejecución. Por eso, resultan de aplicación las pautas establecidas en las leyes 21.839 (y su modificatoria ley 24.432) y 27.423 según sea, respectivamente, el tiempo en que fueron realizados los trabajos como así también las etapas comprendidas que serán detalladas a continuación. Se tendrá en consideración respecto de las labores desarrolladas en las primeras dos etapas la naturaleza del asunto, el mérito, la calidad, la eficacia y la extensión de la labor desarrollada, monto comprometido, etapas cumplidas y pautas de los arts. 6, 7, 9, 19, 37, 38 y cc. de la ley n° 21.839 t.o. 24.432. En cuanto a los auxiliares de justicia se valora la naturaleza de los informes realizados, la calidad, la importancia, la complejidad, la extensión y su mérito técnico-científico y la proporcionalidad que deben guardar estos honorarios con relación a los de los abogados actuantes en el juicio (cf. art. 478 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Para el conocimiento de las labores desarrolladas en la tercera etapa, se tendrá en cuenta el monto del asunto conforme a los términos del art. 22 de la ley 27.423; el valor, motivo, extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada;

la complejidad; la responsabilidad que de las particularidades del caso pudiera derivarse para los profesionales; el resultado obtenido; la trascendencia de la resolución a que se llegare para futuros casos; la trascendencia económica y moral que para el interesado revista la cuestión en debate y pautas de los artículos 1, 3, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 26, 29, 51, 54, 58 y c.c. de la ley 27.423. En consecuencia, se regulan los honorarios del Dr. Pascual Juan Dehan, letrado apoderado de los accionantes, por las primeras dos etapas en la suma de \$... y por la tercera, la cantidad de ... UMA equivalente a la suma de \$... Los honorarios de la Dra. Cynthia Antonella Fernández Reboredo, por su actuación como letrada apoderada de la demandada Omint en las dos primeras etapas, se regulan en la suma de \$...; a las Dras. Verónica Natalia Rodríguez y María Judith Morales, quienes se presentaron solamente el 27/11/2019, se les fija la cantidad de ... UMA equivalente a la suma de \$... para cada una. Se regula a la Dra. Isabel Graciela Calligo, en su carácter de letrada apoderada del codemandado González Peña, por las dos primeras etapas la suma de \$... y la cantidad de ...UMA equivalente a la suma de \$..., por la tercera. Al letrado apoderado de TPC Cía. de Seguros SA, Dr. Alberto Armando Alvarellos, por su labor en las dos primeras etapas, la suma de \$... y al Dr. Diego Florio, por la audiencia preliminar, la suma de \$... Se fija a la letrada apoderada de la obra social demandada, Dra. Mónica Laura Spagnoletti, por las dos primeras etapas, la suma de \$... y al Dr. Juan Ignacio Raimondo, por su labor en la audiencia preliminar y demás actuaciones, en la suma de \$... A la dirección letrada de la codemandada F y su aseguradora Seguros Médicos SA, por las primeras dos etapas, se regula: al Dr. Julio Roberto Albamonte la suma de \$...; a la Dra. Vanina Lorena Duffy la suma de \$... y al Dr. Pedro Oscar Bancoff, la suma de \$... Al Dr. Marco Aurelio Real (n) por su presentación del 19/07/2019, la cantidad de ... UMA equivalente a la suma de \$... Se regula al Dr. Gustavo Javier West, en su carácter de letrado apoderado de Federación Patronal, en las dos primeras etapas, la suma de \$... En lo que hace a los auxiliares de justicia, se fijan los honorarios del contador, Carlos Camiño, por su dictamen del 30/03/2017 y demás presentaciones, en la suma de \$...; al médico obstetra, Dr. Eduardo Mateo Cortese, por su informe del 01/02/2017 y demás presentaciones en la suma de \$...; los correspondientes a la psicóloga Marcela Laura Schister, por su dictamen del 11/09/2017 y demás presentaciones, en la suma de \$... y los honorarios del médico neonatólogo, Dr. Hugo Alberto Sola por su experticia del 29/06/2017 y demás presentaciones, se los fija en la suma de \$... Con respecto a los honorarios de la mediadora, Rita Verónica Gerónimo, se considerará el monto económico comprometido y pautas del Decreto Reglamentario 2536/2015 (art. 1 y 2, anexo I y art. 2, incs. "g" del Anexo III), razón por la cual se regulan en la suma de \$... Por los trabajos realiza-

dos en esta instancia, se regulan los honorarios del Dr. Pascual Juan Dehan, en la cantidad de ... UMA (\$...); los de la Dra. Verónica Natalia Rodríguez, en la cantidad de ... UMA (\$...); a la Dra. Isabel Graciela Calligo, en la cantidad de ... UMA (\$...); al Dr. Alberto Armando Alvarellos, en la cantidad de ... UMA (\$...); al Dr. Juan Ignacio Raimondo, en la cantidad de ... UMA (\$...); al Dr. Marco Aurelio Real (n) en la cantidad de ... UMA (\$...), los honorarios de la Dra. María Azul Wulff Derbes, en la cantidad de ... UMA (\$...) y al Dr. Gustavo Javier West, en la cantidad de ... UMA (\$...); conf. art. 30 de la ley 27.423). La equivalencia de la unidad de medida arancelaria (UMA) que se expresó es la establecida en la Ac. 12/2021 CSJN. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se deja constancia que la vocalía N° 37 se encuentra vacante. — *María I. Benavente.* — *Guillermo D. González Zurro.*

(1) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", en Rubinzal Culzoni, Santa Fe. 2015, p. 101; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños" 2ª Daños a las personas (integridad psicofísica), Ed. Hammurabi-José Luis Depalma Editor, p. 473; Galdós, Jorge M., "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", en rev. LA LEY del 16/11/2015, p. 3.

(2) CNCiv., esta Sala, "Ferreira c. Arcos Dorados s/ daños y perjuicios" del 15/09/2016; "Hauret c. Guérineau s/ daños y perjuicios" del 11/08/2016; "Cabali, Elsa E. c. Colectiveros Unidos SACIF y otros s/ daños y perjuicios", Expte. N° 39.510/2013, del 07/07/2017, entre muchos otros.

(3) CNCiv., Sala C, del voto del Dr. Cifuentes, en "Torres de Carballo, Azucena del V. c. Instituto Antártida SA", del 28/10/1996, JA, 1987-IV, p. 364 y Venini, Juan C. "Responsabilidad por daño contractual y extracontractual" T. 1, Juris, Rosario 1992, p. 203.

(4) Vázquez Ferreyra, Roberto, "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina", Hammurabi, Bs. As., 1992, p. 191 ss.; Garay, Oscar, "Tratado de la responsabilidad civil", Errepar, 1ª ed., Bs. As. 2009, T. II, p. 1050 ss.

(5) Calvo Costa, Carlos A., "La culpabilidad en la actual responsabilidad civil médica. Apreciación y prueba" RCyS 2016-XII, 5; Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, ps. 355 y 356; Lorenzetti, Ricardo L., "Responsabilidad civil del médico y establecimientos asistenciales", en Trigo Represas - Stiglitz, "Derecho de daños", Primera parte, p. 517.

(6) Penneau, Jean, "Faute et erreur en matière de responsabilité medicale", París, 1973, p. 137, N° 204-5.

- (7) CNCiv., esta Sala, “Monari, Mario V. y otro c. Alto Palermo SA y otros s/ daños y perjuicios”, del 18/05/2016; voto de la Dra. De los Santos y sus citas.
- (8) CNCiv., Sala A, L. N. 43.828, “Abraham, Julio c. Covaro, Jorge A.”, del 29/08/1989; ídem, Sala B, del 18/09/2008, MJ-M-39716 AR, entre muchos otros.
- (9) Falcón, E. M., “Pericia y peritos”, en Revista de Derecho Procesal, 2012-2, Prueba pericial y prueba científica, p. 26 y jurisprudencia allí citada.
- (10) Yzquierdo Tolsada, Mariano “Responsabilidad Civil del profesional liberal”, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 400 con cita de Jordano Fraga; Vázquez Ferreyra, op.cit., p. 395; CNCiv., Sala D, voto del Dr. Bueres, del 09/08/1989, en LA LEY 1990-E, 416 y ss.; CNCiv., Sala G, del voto del Dr. Montes de Oca, del 25/06/1981, en ED, 95-568 ss.; en igual sentido, Trigo Represas, “Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de cosas inanimadas”, LA LEY 1981-B, p. 762, ss. capítulo I, apartado B, 2.
- (11) Chabas, Francois, “Responsabilidad médica y seguro en el derecho francés”, LA LEY, 1984-D, p. 933; Yzquierdo Tolsada, Mariano, en Derecho Privado, libro homenaje a Alberto J. Bueres, p. 1533.
- (12) art. 377 del Cód. Procesal; Vázquez Ferreyra, Roberto, “Responsabilidad civil médica y relación de causalidad”, JA, 1996-II, p. 457 ss.
- (13) CNCiv., Sala F, del 15/05/2000, “N.N. c. Municipalidad de Buenos Aires”, LA LEY, 2000-B, ps. 11 y ss.
- (14) Vázquez Ferreyra, JA, 1996-IV, p. 398; CNCiv., Sala D, del 29/02/1996, LA LEY 1996-D, p. 24.
- (15) fallo cit. por Izquierdo Tolsada, op.cit., p. 1534.
- (16) CNCiv., Sala I, del 10/08/1999, “T. A. c. Hospital de Agudos s/ interrupción de la prescripción”, JA, 2000-IV, síntesis; ídem, íd., del 02/02/1999, “E. J. c. Consultorios Médicos Bogotá”, LA LEY, 1996-C, p. 768; CNCom., Sala B, del 28/06/2002, “R., A.A. s/ suc.c. Sanatorio San Cristóbal y otro”; CNCiv., Sala B, 24/10/2002, “Gudiño, Jorge c. Sanatorio Quilmes SA”
- (17) CNCiv., Sala D, del 29/02/1996, LA LEY, 1996-D, p. 24; Vázquez Ferreyra, “Responsabilidad civil médica por contagio de enfermedades”, cit.
- (18) Bueres Alberto J. comentario al art. 512, en Bueres, Alberto J. (dir) Highton, Elena (coord.), “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, T 2A, p. 151.
- (19) Mosset Iturraspe, “Responsabilidad Civil del Médico”, p. 197” (CNCiv. Sala K, agosto 22/2012, “W.P.M y otro c. C. G y otro s/ daños y perjuicios” Exp-te. N° 3452/08.
- (20) Chabas, François, “La pérdida de una chance en el derecho francés”, JA, 1994-IV, 928.
- (21) Chabas, op.cit.
- (22) Sáenz, Luis, “La pérdida de chance es un “daño-evento”, y no un “daño-consecuencia”, en RCyS 2013-I, 117.
- (23) Muller, Enrique, “Responsabilidad de los establecimientos de salud”, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio.
- (24) dir. Bueres-Kemelmajer de Carlucci, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, p. 704 ss.; CNCiv., Sala G, “Robledo, Mariel S. c. Clínica Van Thienen s/ daños y perjuicios”, del 28/08/2016 y sus citas).
- (25) Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Daños causados por los dependientes”, ed. Hammurabi, 1992, p. 98 ss.; Belluscio, Augusto C., “Obligaciones de medio y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios”, LA LEY, 1979-C, 19; CNCiv., Sala A, en LA LEY, 1977-B, 92; ídem, Sala E, del 19/03/2013, DJ del 05/06/2013, entre muchos otros.
- (26) Stiglitz, Rubén S. Compiani, María Fabiana, “La suma asegurada como límite de la obligación del asegurador”, AR/DOC/4202/2015; CSJN, “Fernández, Gustavo Gabriel y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires Sec. De Educación - s/ daños y perjuicios” del 10/11/2015, AR/JUR/46004/2015; “Flores, Lorena R. c. Giménez, Marcelino s. daños y perjuicios”, Fallos: 340:765.
- (27) BO 11/05/2018.
- (28) CNCom., Sala C, “Gómez, Carlos A. c. Caja de Seguros SA s/ ordinario” del 26/02/2019.
- (29) Esta Sala, Morasso, Marisa Veronica y otros c. San Micael SA y otro s/ daños y perjuicios, del 31/05/2021.
- (30) Alsina, Hugo, “Derecho Procesal” T° IV, p. 389; Manuel Ibáñez Frocham, “Tratado de los recursos en el proceso civil”, Buenos Aires, 1969, p. 152; Morello, Augusto, “Código Procesal...”, Buenos Aires, 1969, T. II, p. 565; Fenochietto-Arazi “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, T. I, p. 939.
- (31) Doctrina de Fallos: 266:223; 272:37; 291:88 y sus citas, entre otros.

(32) Alterini, A.-Ameal, O.- López Cabana, R., “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”, Abeledo-Perrot, N° 616, conf. CSJN, Fallos: 334:69.

(33) Zavala de González, Matilde, “Las personas sin discernimiento y las personas jurídicas como sujetos pasivos de daño moral” JA, 1985-I-794; Pizarro, Ramón D., “Daño moral. Prevención. Reparación. Punicción”, Hammurabi, p. 36/47; Iribarne, Héctor P., De los daños a la persona, ed. Ediar, 1993, p. 610.

(34) Zannoni, “El daño en la responsabilidad civil” p. 446.

(35) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo aprobados por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006, aprobados por ley 26.378; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derecho Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988, art. 10; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada en Guatemala el 06/07/1999; Convención sobre los derechos del Niño y demás instrumentos internacionales ratificados por nuestro país.

(36) CNCiv., Sala E, “López, Beatriz I. v. Hospital Británico de Buenos Aires”, del 13/06/2002, elDial - AE1AB2; ídem, Sala H, “Gaitán de Ferraresi, Zulema E. v. Hospital Militar Central Dr. Cosme Argerich y Otros”, 28/12/2012, La Ley Online.

(37) CNCiv. Sala E, junio 13/2002, “López, Beatriz Isabel y otros c. Hospital Británico de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, L. 339.906; íd. Sala F, junio 19/2007, Carella, Antonio c. Sampietro, Gustavo y otros s/ daños y perjuicios, L. 472.820.

(38) CNCiv., en pleno, *in re* “Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios” del día 20 de abril de 2009.

(39) CSJN., Fallos: 316:2940; 317:126 y 721; 321:1187; 322:528 y 1988.

(40) CSJN. Fallos: 310:211; ídem, 314:495.

(41) CSJN, Fallos: 250:410.

(42) CSJN, Fallos: 318:785; íd. “Abdurraman, Martín c. Transportes Línea 104 SA s/ accidente ley 9688” del 5 de mayo de 2009; íd “Latino, Sandra M. c. Sancor Coop. de Seguros LTDA y otros s/ daños y perjuicios” del 11/07/2019; esta Sala, en autos “José Juan Ramón c. Ferrovías Sociedad Anónima Concesionaria y otro s/ daños y perjuicios”, expediente N° 109656/2007 del 13/07/2016.

(43) CIV 87820/2009/1/RH1 del 29 de octubre de 2020.

(44) CIV 60494/2011/CS1 del 11 de marzo de 2021.

Responsabilidad médica ante graves secuelas en recién nacida

Procedencia de la demanda de daños contra el obstetra, la obra social y la clínica demandados, y sus aseguradoras

María Carolina Caputto (*)

Sumario: I. Breve resumen de los antecedentes del caso.— II. Análisis del fallo.— III. Conclusiones.

I. Breve resumen de los antecedentes del caso

Tras cursar un embarazo controlado y sin complicaciones, F. M. ingresó a la Clínica Bazterrica el 06 de abril de 2010 en horas de la madrugada con trabajo de parto. Personal del establecimiento se comunicó con la partera, le aplicaron suero y a las 5 a. m. fue ingresada al quirófano en el que, mediante parto espontáneo, luego de la rotura artificial de membranas, dio a luz a una niña que requirió ser reanimada, recuperándose al breve tiempo, salvo en su tono muscular. La recién nacida fue derivada a neonatología y, tras los estudios de rigor, se comprobó la existencia de encefalopatía crónica secundaria por hipoxia isquémica perinatal.

Cinco años más tarde, los padres, en representación de su hija, entablaron demanda contra la Clínica Bazterrica, la obra social, la partera y el médico obstetra, a la vez que citaron en garantía a las compañías de seguro bajo el argumento central que los controles no fueron los adecuados y que, de haberse practicado, se hubiese dispuesto una intervención cesárea sin las graves consecuencias para su niña.

En primera instancia, y luego de producida la prueba, la jueza desestimó los argumentos defensivos —sobre antecedentes de convulsiones en el padre y un tío, o la forma de la placenta, o el

difícil diagnóstico perinatal del nudo real de cordón— resultado imprevisible o inevitable, etc., haciendo lugar a la demanda y condenando a todos los demandados a resarcir los daños, con más intereses y costas del proceso, a la vez que declaró inoponibles a la actora las franquicias y condiciones limitativas del seguro, declarando inaplicable al caso, por inconstitucional, el art. 730 del Cód. Civ. y Com.

La sentencia fue apelada por ambas partes y los citados en garantía.

II. Análisis del fallo

Como suele acontecer en este tipo de supuestos en que media cambio de leyes no estando cerradas las implicancias de un vínculo jurídico, la vocal actuante principia su voto realizando ciertas precisiones relativas a la ley aplicable. Con cita en el ya sentado criterio de calificada doctrina, advierte que el Código Civil y sus leyes complementarias son aplicables a fin de juzgar la responsabilidad civil, por encontrarse vigentes al momento del hecho antijurídico, no así las consecuencias no consumadas. Ergo, la fijación del monto resarcitorio queda atrapado por las normas del Código Civil y Comercial de la Nación por ser una consecuencia de la relación jurídica “que, al estar pendiente de determinación —deuda de valor— no se encuentra consolidada”.

Seguidamente, se exploya sobre ciertos “aspectos teóricos” sobre los cuales la camarista funda

(*) Abogada. Mgter. Bioética.

su voto, antes del análisis de los agravios expresados por los apelantes, tales la responsabilidad de los profesionales médicos y ciertas opiniones muy atinentes a la prueba rendida en autos, fundamentalmente la prueba pericial y el valor como tal de la historia clínica.

Al solo efecto metodológico, este trabajo —que, de ninguna manera pretende abordar acabadamente una cuestión tan rica en matices— seguirá el orden de razones y motivos expuestos en el decisorio, los cuales se intentarán exponer críticamente al lector, con el convencimiento de la justeza de la solución judicial habida.

II.1. Introducción a la responsabilidad médica en general. Medicina obstétrica. Somero análisis de la culpa médica

Entiende el fallo que “la obstetricia es la rama de la medicina más expuesta al escrutinio público por los riesgos que con frecuencia trae aparejados,” tal vez dado por la importancia de la disciplina, que comprende no solo “la salud de la madre, sino también la de la persona por nacer, razón por la cual existen dos bienes jurídicos de altísimo valor involucrados” (1).

Luego refiere a la particularidad de la medicina, a la ocurrencia de resultados inesperados esa rama del saber, en la que se ha dicho que “predomina la materia opinable, (y) resulta difícil fijar contornos para limitar qué es lo correcto y qué no lo es” (2), lo cual importa considerar que “la ciencia médica tiene sus limitaciones, y en el tratamiento de las enfermedades existe siempre un alea que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes y por ende, obliga a restringir el campo de la responsabilidad, la obligación del facultativo está en poner al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos y prestarle la diligente asistencia profesional que su estado requiere” (3). En consecuen-

cia, queda claro que “...en la actividad médica el daño no es, de suyo, en todos los casos, revelador de culpa o de causalidad jurídica adecuada” (4), pues “no se trata de exigir una lucha victoriosa contra lo que sea humanamente imposible, un conocimiento o dominio extraordinario de la ciencia ni pedir infalibilidad” (5).

Siguiendo esa línea de pensamiento, el fallo descarta que se trate la obligación del obstetra de una que comprometa resultado, para definirse por su sujeción a una obligación de medios; esto es que “...el profesional del arte de curar, deudor de la obligación, debe dinamizar en pos del paciente, acreedor de la obligación, actividad idónea, eficiente, prudente e integral para lograr la curación, pero de ninguna manera está constreñido al logro de ese objetivo; no asegura un *opus*; debe conducirse con idóneo quehacer para lo cual la ciencia médica lo ha habilitado; es más: *de lege data* le está vedado asegurar la curación, fijar los plazos para la misma, pregonar tratamientos infalibles so pena de incurrir en faltas con condigna sanción (art. 20, inc. 1º, 2 y 5 ley 17.132)” (6).

No obstante, como sostiene el maestro Mosset Iturraspe, “el profesional no puede ampararse en el escudo ‘de los medios’ que simplemente promete: debe producir la prueba de la calidad del servicio”, formulando un enérgico rechazo a la “culpa profesional” por considerar que responde a una concepción “elitista” que privilegia el obrar de ciertos sectores de la sociedad (7), luciendo con mayor firmeza la opinión que sustenta la aplicación de las reglas generales, es decir, la de la culpa común (8).

JUR/1982/1999

(4) CNCiv., sala J, in re “B. A. V. c/ Socorro Médico Privado SA y otros s/ daños y perjuicios — responsabilidad profesionales médicos y auxiliares”, 21/12/2017.

(5) CNCiv., sala M, in re “A., G.N. c/ G., P.M. s/ Daños y Perjuicios”, 25/07/2008, Cita online: TR LALEY AR/JUR/6638/2008

(6) CCiv. y Com., Morón, “Herederos de F.K.E.”, 15/09/2015, Cita online: TR LALEY AR/JUR/30392/2015

(7) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por daños”, t. VIII, Responsabilidad de los profesionales, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, ps. 66 y 150.

(8) COMPAGNUCCI de CASO, Rubén H., “Responsabilidad civil de los médicos. Algunos aspectos sobre la

(1) OSSOLA, Federico A., “Responsabilidad civil de los médicos obstetras y anestesistas. Sus principales lineamientos en el nuevo Código”, Revista de Derecho de Daños, 2016-3, Responsabilidad de los profesionales, Rubinzal Culzoni, 2017, p. 389.

(2) SC Buenos Aires, in re “Urquiza, Claudia c/ Navarro, Carlos Favio y otra s/ Daños y perjuicios”.

(3) CNCiv., sala B, “T. C. de L., M. c/ C., A. M. s/ Daños y Perjuicios”, 05/04/1999, Cita online: TR LALEY AR/

La jurisprudencia suele acudir a expresiones tales como que “...es necesario determinar si existió culpa o negligencia mediante la comparación entre la conducta obrada y la que era esperable en un profesional diligente, prudente que pueda ser considerada como ‘modelo’ de una conducta normal” (9).

Y así, acaso como una versión jurídico legal de la novel medicina de precisión, la jurisprudencia ha llegado a sostener que la “diversidad de situaciones y circunstancias que concurren en la actividad médico-sanitaria ha generado una multitud de reglas técnicas particulares en el ejercicio de la profesión hasta el punto de que se ha mantenido que existe ‘para cada caso una ley’” (10). Que la culpa médica “debe ser siempre apreciada en concreto, siendo necesario preguntarse qué es lo que habría hecho un médico prudente, colocado en igualdad de condiciones externas a las que encontró el autor del hecho dañoso, teniendo en cuenta el ‘estándar’ objetivo, correspondiente a la categoría de médico prudente, común, genérico, ajustado sobre las bases de los arts. 512, 902 y 909 del Código Civil” (11).

Se ha dicho que el art. 512 consagra un sistema mixto (concreto-abstracto), pues lo que se trata de dilucidar es determinar si el obrar del médico que “ocasionó” el daño fue diligente y cuidadoso o, por el contrario, fue negligente o imprudente (o ambas a la vez) cómo hubiese actuado un “buen médico”, comparándolo con cómo hubiese actuado un “buen médico” en la ocasión, se-

relación jurídica y la culpa médica”, Revista de Derecho de Daños 2016-3 — Responsabilidad de los profesionales, Rubinzal Culzoni, 2017, ps. 337-353.

(9) CNCiv, sala F, “F. L. F. c/ Estado Nacional — Ministerio del Interior, Policía Federal Argentina y otros s/ Daños y Perjuicios”, 19/03/2007, Cita online: TR LALEY AR/JUR/12471/2007

(10) Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, “Saslavchik, Francisco Daniel s/ recurso de casación”, 25/10/2016, <https://www.cij.gov.ar/nota-23719-Casacion-Federal-anul-el-sobreseimiento-de-un-m-dico-imputado-por-homicidio-imprudente-por-mala-praxis.html>.

(11) Suprema Corte de Justicia de Mendoza, “B., A. y F., D. en J° 12.309/8.141 V., A. y Otro c/ A. B. y Otros s/ Inc.”, 12/06/2007.

gún la naturaleza de la obligación y las circunstancias de tiempo y lugar (12).

A su vez, las condiciones personales del médico —v.gr. una especialización determinada, como la obstetricia— serán tenidas en cuenta para establecer la culpa en cuanto agravaran el deber de diligencia en concreto; y, aun cuando se haya dicho que el art. 902 del Código Civil refiere en forma exclusiva a la relación causal (en función de la previsibilidad de las consecuencias), también afina el criterio para valorar la culpa: el profesional “tiene un deber de diligencia calificada por su condición de tal” (13).

II.2. Ciertas apreciaciones sobre la prueba producida en el casus

El fallo dedica varias líneas a la problemática de la prueba de la culpa médica, y advierte que se han expuesto distintas alternativas para su apreciación, siendo cada vez más frecuente el empleo jurisprudencial de las denominadas “cargas probatorias dinámicas”.

Es cierto que el viejo adagio romano que en su traducción importa colocar la carga de la prueba a quien demanda, o la fórmula respecto a la cual en materia de responsabilidad médica la culpa no se presume, debiendo ser probada por quien reclama la indemnización (14), ha merecido justificados reproches en supuestos en que se endilga culpa médica. En efecto, considerado el paciente víctima la parte “débil” de la relación que lo une al profesional de la salud, esa vulnerabilidad se extiende a las posibilidades de contar con elementos probatorios suficientes para fundar su reclamo judicial.

Es así que, desde la doctrina procesalista, distinguidos autores entre los que podemos mencionar a Peyrano, Arazi, Morello, Eisner, Chiappini, entre otros, pusieron en la agenda nacional ya hace tiempo atrás la idea de la carga dinámica de la prueba, según la cual debe probar quien se en-

(12) GARAY, Oscar E., “La responsabilidad civil de los médicos”, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 775 y ss.

(13) OSSOLA, Federico A., ob. cit., ps. 388/389.

(14) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Otro fallo sobre responsabilidad civil de los obstetras. Obligaciones de medios y resultado. Interrupción de tratamiento y cambio de profesional interviniente”, LA LEY 1997-C, 50.

cuentra en mejor situación de hacerlo. El caso de la mala praxis médica ha sido campo fértil para la afirmación de tal tesis: el profesional médico y/o equipo médico o agente de salud cuenta no solo con su formación técnica sino también con la experiencia de haber intervenido en el caso concreto, siendo a su vez el establecimiento asistencial público o privado y el propio profesional de la salud, en su calidad de titular de consultorio privado donde se produjo la atención médica, el depositario legal y custodio de los registros de esta, asentados en la historia clínica (15).

Lo mismo dedica el fallo a la prueba del nexo causal: partiendo de que la carga de probarlo recae, en principio, sobre el pretensor, realiza un acotado pero contundente examen del posible juego de las teorías francesas de la *causalité virtuelle* o de la *creation d'un risque injustifié*, de la posible contribución de ciertos elementos presuncionales para corroborar o coadyuvar a otros elementos probatorios a efectos de tener por acreditada la relación causal. Al caso, menciona que ciertas negligencias abstractas como una historia clínica mal llevada, generan una situación de riesgo de dañosidad, concluyendo que "frente a la inexistencia de evidencia científica directa, es posible concluir en la configuración de los presupuestos de la responsabilidad por incumplimiento cuando de las circunstancias puede deducirse la probabilidad o previsibilidad objetiva que autorice a suplir la prueba categórica y completa del nexo causal". Admite, finalmente, la aplicación de la segunda de las teorías señaladas, con algunas correcciones.

De ahí que el fallo refiere a continuación a la falta de registración del sufrimiento fetal comprobado antes del parto, de la que deriva "...como lógica consecuencia, (que) tampoco se efectuó un seguimiento exhaustivo y continuo del proceso de oxigenación y de la frecuencia cardíaca. De modo que esa falla en la anotación de los signos relevantes constituye un indicio grave que da cuenta de que la conducta médica no se ajustó a la *lex artis* y dio como resultado un diagnóstico erróneo". Más adelante se agrega: "Ante la falta de datos en la historia clínica sobre la evolución de la frecuencia cardíaca fetal en ese lapso tampoco es posible saber con certeza con qué intensidad o cómo evolucionó la hipoxia intraparto", para responder a la alegación efectuada por los deman-

dados respecto a que las dos horas transcurridas desde el comienzo de los signos de alarma hasta el nacimiento habrían dado como resultado la muerte segura del feto.

Algunas precisiones merecen ser efectuadas: la historia clínica es considerada la prueba madre en los juicios por mala praxis médica, en el entendimiento que "...sus falencias o déficit en la historia clínica hacen que se pierda, por ejemplo, una posibilidad clara de calificar si los actos médicos responden a protocolos o estándares aceptables (conf. Dominoni...)" (16). Este documento, conceptualizado y reglamentado por la ley 26.529 de Derechos del Paciente, no es sin embargo concluyente del deber de responder: una historia clínica redactada de manera completa y sin fisuras desde el punto de vista médico perderá todo valor probatorio y no eximirá de responsabilidad al profesional, si de la pericia médica surge un actuar contrario a las normas de su disciplina (17), y ello porque "...se trata de un documento que siempre debe ser evaluado a la luz de la sana crítica con el restante plexo probatorio" (18).

De hecho, el fallo en comentario hace hincapié en que la historia clínica fue incompleta ante la falta de registro de la alteración de los latidos del feto, tomando tal ausencia como "indicio grave" a la hora de analizar la conducta médica.

Cabe apuntar que recientemente la Corte Nacional en un caso de similares características al analizado, tuvo en cuenta que "el tribunal ponderó esencialmente las irregularidades en la confección de la historia clínica de la paciente, de los protocolos y de los informes de su atención, que

(16) CNFed. Civ. y Com., sala II, in re "Q. M. M. S. c/ Hospital Nacional Prof Alejandro Posadas y otro s/ daños y perjuicios", 27/03/2015, Cita online: TR LALEY AR/JUR/12715/2015. Publicado en <http://www.marisaizenberg.com/2015/06/hospital-debe-indemnizar-padres-de-bebe.html>. También presente en precedente de esta misma Sala M, in re "S., M A. D. y otros c/ García Pollini, Vicente y otros s/daños y perjuicios", del 28/10/2010. Disponible en <https://aprenderly.com/doc/3458447/neonatolog%C3%ADa.-retinopat%C3%ADa-del-prematuro-y-oxigenoterapia>

(17) COLLA, Juan Manuel, "Historia Clínica", en Derecho Privado, Año III, Número 9. Derecho a la Salud. Infojus, diciembre 2014, ps. 45/58.

(18) CCiv. y Com. 2a Nom., Santiago del Estero, "A., J. P.", 07/04/2014, Cita online: TR LALEY AR/JUR/24171/2014

(15) Conf. art. 18 ley 26.529.

sirvieron de sustento de las pericias médicas de la causa, destacando la existencia de enmiendas, omisiones y contradicciones en ella, reconocidas en las mencionadas pericias” (19), circunstancia esta de las omisiones en los registros médicos también puesta de relieve en el casus al merituar la pericia practicada por el Dr. Cortese.

La pericial médica, siendo el otro medio probatorio cuya valoración fue objeto de impugnación por los demandados, tuvo ciertas particularidades: se produjeron dos informes en la causa con puntos de vista y conclusiones distintos. De ahí que la vocal invoca las premisas sentadas por los arts. 386 y 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. para legitimar cuál de ellos, según su sana crítica, le generó mayor fuerza convictiva.

Funda dicha decisión haciendo una crítica al informe emitido por el perito Solá, en tanto advierte que solo examinó los datos que figuran en la historia clínica, sin referencia y con inexplicable falta de justificación en relación a: la falta de control alguno entre el ingreso de la madre por guardia y su traslado a quirófano, y la notoria disminución de la frecuencia cardíaca del feto, “claramente detectable dos horas antes del parto y pudo haber sido conjurado si se hubieran adoptado los controles que exigen las reglas del arte, seguidos por supuesto de una conducta profesional apropiada”, según la pericia practicada por el Dr. Cortese.

Concluye que el experto Dr. Solá “no parece haber realizado una lectura crítica de la historia clínica”; por el contrario, le imputa haber efectuado “una interpretación lineal e incompleta de los antecedentes”. Asimismo, considera que “el informe pericial elaborado por el Dr. Cortese es más completo y razonado”.

II.3. Definiciones acotadas en torno a los distintos agravios expresados, que hacen a la responsabilidad

II.3.a. Médico obstetra

En el fallo se lee que “el médico demandado no obró con la prudencia y diligencia que exigían las

circunstancias pues, de otro modo, habría adoptado una actitud activa frente a la disminución de los latidos del feto”. En este tren, la jueza de Cámara encontró inexplicables la subestimación de esta como signo de alarma, la falta de evaluación a los parámetros clínicos y obstétricos en la madre, como asimismo la ausencia de registro de las contracciones uterinas en los controles finales del parto, para evaluar cómo el galeno omitió hacer un correcto análisis de previsibilidad del resultado dañoso.

La responsabilidad atribuida al obstetra se encuentra fundada en la culpa (art. 512 y 909 Código Civil, como factor de atribución de tipo subjetivo). Por otro lado, se deduce del texto del decisorio que la vocal encontró adecuado nexo causal entre la omisión de los controles (como obrar antijurídico) y el resultado lesivo (daño) cuando en reiteradas ocasiones expresa con diversas fórmulas que “la omisión de los controles fue decisiva para producir el resultado”.

Podría asimismo agregarse que la omisión de los controles motivó una omisión de diagnóstico, entendido este como “...el resultado de un juicio elaborado luego de obtener la información que dan los síntomas, signos y pruebas elegidas como necesarias para el caso en estudio” (20).

II.3.b. Responsabilidad de la partera

El decisorio hace lugar a la apelación incoada por la partera, fundamentalmente aludiendo a sus incumbencias profesionales, que radican en acompañar a la mujer embarazada en el trabajo de parto y asistirle en condiciones normales.

Define la figura de la partera como “auxiliar del médico obstetra durante la evolución del trabajo de parto que concluye con el nacimiento, a quien no le incumbía decidir el procedimiento a seguir a las órdenes del médico”, aclarando que, además, “actúa a las órdenes del médico obstetra que, en el caso estaba presente”, en referencia al tratamiento legal de la profesión (ley 17.132, en sus arts. 45 y 50).

(20) C2aCiv. y Com., Córdoba, “Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano Concurso preventivo. Juicio traído Carnero María c Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano Concurso preventivo s/ daños y perjuicios”, 19/3/2008, Cita online: TR LALEY AR/JUR/1872/2008

(19) CS, in re B., R. W. y otros c/ Sanatorio Privado María Mater S.C.A. y otros s/ daños y perjuicios, 10/09/2020, Cita online: TR LALEY AR/JUR/37054/2020

En definitiva, admite no encontrar razones para condenarla, liberándola de responsabilidad a ella y a Seguros Médicos SA.

II.3.c. Responsabilidad de la clínica y la obra social demandadas

Encuentra acreditados los extremos para confirmar la sentencia de grado que condenó a la Clínica Bazterrica y a la Obra Social de la Actividad del Seguro.

Sin definirse concretamente, reconoce que sea cual fuere la postura que se sostenga al respecto —de tipo directa y objetiva—, o derivada de una estipulación a favor de terceros, o de forma refleja, en el orden práctico la conclusión es la misma: “responden por la mala praxis en que incurrieron los médicos o por el hecho de sus dependientes —enfermeros, camilleros, etc.— no pudiendo exonerarse probando que eligieron o vigilaron correctamente a sus médicos”.

La primera de las posturas indicadas ha tenido recepción en numerosos casos, considerándose que “el establecimiento asistencial, por su parte, asume una obligación de seguridad ante los pacientes que concurren a él, ya que les garantiza que no sufrirán daños por la deficiente prestación médico asistencial” (21), no obstante lo cual se ha insistido en la necesidad de acreditar la culpa en la defectuosa prestación, en tanto “la prueba de aquella culpa sería la demostración de la violación del deber de seguridad, que como obligación tácita se halla comprendida en el contrato asistencial, y cuya omisión genera la responsabilidad directa de la entidad contratante, además de la que concierne directa y personalmente al profesional” (22).

Aun así, más recientemente se ha entendido que “el plan de conducta que lleva adelante el facultativo constituye, en realidad, la ejecución de

(21) CNCiv., sala E, in re “Forlenza, Laura Fernández c/ Estado Nacional — Ministerio del Interior, Policía Federal Argentina y otros s/ Daños y Perjuicios”. Sobre la obligación tácita de seguridad, 19/03/07, también puede leerse: C5a.Civ. y Com., Córdoba, in re “Heredia Esther Noemí c/ Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano y Otro s/ Ordinario - Daños y Perjuicios - Mala Praxis”, 30/08/17.

(22) SC Buenos Aires, in re “A., A. A. y o. c/ C. G. P. y o. s/ Daños y perjuicios”, 04/12/19 del voto del doctor Pettigiani, sin disidencia.

la obligación principal a cargo del establecimiento asistencial, razón por la cual su inexacto cumplimiento comprometerá la responsabilidad de este último, no por el incumplimiento de una sujeta obligación de seguridad, sino por el de la mencionada obligación principal”, en tanto considera que no se encuentra garantizada, dado que se trata de una obligación de medios (23).

Siguiendo con el fallo en comentario, continúa exponiendo sus fundados motivos para desestimar los agravios de la obra social demandada y, nuevamente, sin tomar postura (en el sentido que se lee “por más que por vía de hipótesis se considere que no resulta de aplicación el régimen de consumo al que se ha referido la juzgadora”), vuelve sin decirlo a apelar a razones de orden práctico: “la solución final que propicio es coincidente con la alcanzada en el primer pronunciamiento”, encontrando que las cláusulas o convenios de indemnidad pactadas son inoponibles a los afiliados que no fueron parte de estos.

Sobre la —indefinida en el decisorio— existencia de una relación de consumo entre la obra social, el establecimiento de salud y el paciente/usuario del sistema de salud, hay quienes afirman dudas su configuración. En efecto, se ha dicho que, en función de la regulación por las leyes 23.660 y 23.661, la organización de los recursos de la obra social tiene como finalidad la prevista en el art. 2° de la ley 24.240: producir y operar en la circulación de bienes y servicios de salud destinados a usuarios/as, siendo por esta razón proveedora (24).

II.3.d. Responsabilidad de las compañías aseguradoras

Luego de considerar superfluos los fundamentos del fallo para declarar la nulidad de las pólizas, de entender que la condición de *claims made* de las cláusulas previstas por TPC Compañía de Seguros SA —aseguradora de CS Salud SA, hoy Omint SA— no incidían en la garantía prestada, a su vez, pactada en dólares estadounidenses,

(23) CNCiv., sala A, in re “F. M. G. y otros c/ Clínica Privada Monte Grande SA s/ interrupción de prescripción”, 18/05/2020.

(24) URBINA, Paola A., “La obligación de seguridad de las prestadoras de servicios de salud”, LA LEY 20/04/2021, 8.

el fallo sí exhibe argumentos en torno al tope de \$200.000 de la póliza celebrada por Federación Patronal Seguros SA —aseguradora del Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires—.

Es que, aludiendo a los términos del art. 118 de la Ley de Seguros, sienta que la expresión “en la medida del seguro” “debe entenderse (equivale) a la suma asegurada”, dado “el transcurso del tiempo y la influencia de la erosión constante de su poder adquisitivo”, ello con base en doctrina y antecedentes del Máximo Tribunal, que avalan dicha interpretación.

Así, apelando a un pronunciamiento reciente de la misma sala, considera que el tope dinerario en moneda nacional, previsto años antes, debía ser objeto de actualización. Ergo, por analogía, postula aplicar el art. 32 de la ley 27.440 que rige para seguros voluntarios de retiro, e indica la aplicación del Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) desde su fecha de entrada en vigencia hasta el pago de la condena, sobre el tope de cobertura que surge de la póliza.

II.4. Indemnización. Rubros. Valoración

Previo a avanzar sobre los rubros reconocidos y su valuación, aclaro que el decisorio enfoca páginas arriba el argumento expuesto por Omint SA y TPC Compañía de Seguros SA sobre el porcentaje de los daños reconocidos en la condena: sostuvieron como parte de sus agravios que no debió condenarse por el 100% de los daños sino por la chance de haber nacido sin las gravísimas secuelas que presenta la niña.

Mediante una aclaración sobre lo que implica la “chance” o posibilidad, y su distinción concreta con el evento esperado en sí mismo, concluye que entenderlo del modo que proponen los apelantes “puede traer como corolario que en determinados supuestos se confundan los casos en que la víctima tiene solo una posibilidad de obtener el beneficio, y aquellos en que ella tiene todas las chances de que acaezca el resultado favorable”, desestimando la tesis pensada por los agravados en ese punto.

II.4.a. Incapacidad sobreviniente

En lo que fue motivo de agravio de la parte actora, entiende que ha ocurrido la deserción del

recurso de apelación por cuestiones de tinte procesal.

Por su parte, a fin de dar respuesta a las quejas de los demandados, el fallo hace una descripción, primero con lenguaje médico científico y luego en términos usuales, de cómo ha evolucionado el cuadro clínico de la niña para poner de relieve la configuración de la incapacidad total: se lee “M. presenta hipotonía muscular, flacidez, no puede mantenerse de pie ni caminar, su inteligencia se encuentra afectada, no habla y está parcialmente desconectada del ambiente y consigo misma. Se hallaron, además, severos daños del sensorio motriz, convulsiones y equivalentes epilépticos. Requiere continua asistencia de terceros. Tan importante es su desconexión que no ha sido posible llevar a cabo ninguna de las técnicas usualmente empleadas para realizar el examen psicológico”.

Zanjada dicha cuestión, responde a la queja sobre la indemnización solicitada en este rubro, estimando los actores una expectativa de vida de 60 años cuando la niña no puede superar la edad de 30 (argumento al que le encuentro una carga de cinismo y que muchas veces los operadores del derecho pasamos por alto en nuestro afán de defensa judicial). El fallo considera que la incapacidad total debe ponderarse teniendo en cuenta la esperanza de vida genérica que corresponde a cualquier persona en condiciones normales (de 75,28 años), a lo que agrega que “no es dudoso que la esperanza de vida menguada es el resultado de la mala praxis profesional y constituye, por cierto, una de las aspiraciones frustradas por la culpa enrostrada a los responsables pues, si se hubiera obrado con diligencia, M. habría conservado intactas aquellas expectativas, como cualquier persona de su edad”.

A renglón seguido manifiesta, con cita en fallo de la Corta Nacional, el beneficio de la fórmula “lo que en más o en menos resulte de la prueba” al momento de estimar montos indemnizatorios en el escrito de demanda, pues ella “permite que la determinación de los daños ha sido librada a lo que surja acreditado en el período probatorio que, obviamente debe ser valorado por el juzgador”.

Luego, reconozco me parece discutible la expresión del fallo respecto a la cual la niña “desde

el nacimiento vio frustrada la posibilidad de llevar una vida digna...”; pues me recuerda al modelo de prescindencia en relación con las personas con discapacidad; en otras palabras, una incapacidad plena no implica per se la afirmación de que como tal la vida de M. no merece ser vivida (25). No obstante ello, interpreto que no ha sido intención de su autora desde que seguidamente aclara que M. carga con una gran discapacidad que “desde los albores de su existencia obstó a la formación armónica de su personalidad, impidiéndole desempeñarse en la vida cotidiana en las mismas condiciones que los demás”, con lo cual surge diáfano que refiere a la imposibilidad de llevar una vida igualitaria, esto es, una vida en la que M. cuente con igualdad de chances respecto a los demás de potenciar sus capacidades básicas de florecimiento humano.

Por último, el fallo mantiene la suma de \$14.000.000 por este rubro, considerando “la evolución probable de ingresos que hubiera podido obtener a partir de la mayoría de edad de no haber quedado impedida”. Esto significa entender, como dice Lorenzetti, que “lo que se resarce no es la incapacidad sino sus repercusiones económicas y morales. En nuestro caso se debe atender al modo en que la minusvalía afecta la capacidad de ganancia del sujeto, ya que, el régimen jurídico contempla el resarcimiento de las ganancias perdidas por las lesiones. No las lesiones en sí mismas” (26).

II.4.b. Daño moral

Se desprende del decisorio que aprehende al daño moral no como un modo de reparación de dolores o sufrimientos, sino que a su entender la indemnización de este viene a satisfacer un interés extrapatrimonial, caracterizado por la violación a algunos de los derechos inherentes a la personalidad (intimidad, honor, integridad física, etc.), opinión que ensambla con los postula-

(25) Conf. criterio PALACIOS, A., citado por GANDOLFO, M. y PASSINI, M., “Los modelos de la discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD)” en Salud Mental y derecho. Derechos sociales e Intersectorialidad. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales y otros, Espartaco, Córdoba, 2018.

(26) LORENZETTI, citado por GONZÁLEZ FREIRE, Juan F., “El análisis objetivo y subjetivo de los presupuestos de la responsabilidad civil”, ADLA 2021-2, 137.

dos de la constitucionalización del derecho privado en el caso.

Advierto que la cuestión relativa a la conceptualización del daño moral no está cerrada: aún la moderna objetiva plasmada en el fallo es ampliada por quienes aseguran que el interés extrapatrimonial afectado puede recaer no solo sobre la persona, sino también sobre el patrimonio o sobre un derecho colectivo, al margen de anticipar el aporte de las neurociencias en su reformulación (27).

Declara procedente que el juez fije el valor al momento de dictar sentencia y que sea proporcional, razones por la cual entiende cabe reducir la fijada en la sentencia recurrida y fijarla en \$2.500.000.

II.4.c. Gastos de tratamiento futuro

A los argumentos relativos a la dificultad en la fijación de la suma por este rubro, teniendo en cuenta “las enormes posibilidades científicas que generalmente aparecen y podrían modificar el panorama actual en cuanto a la posibilidad de realizar nuevos intentos para mejorar la salud” y los cambios en la niña a lo largo de los años, agrega el decisorio la mirada a la amplitud de las prestaciones que fijan las leyes y reglamentaciones sobre la cobertura de prestaciones de salud, más tratándose de materia de discapacidad, todo el contexto convencional internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y de los niños, y la respuesta hasta el momento brindada por la obra social de M. Por todo ello, entiende que la suma prevista en la sentencia impugnada es elevada, y reduce su monto a los \$3.000.000.

II.4.d. Intereses

En relación con los intereses fijados, pese a la queja de los demandados, el decisorio sienta —con base en precedentes judiciales— que, en los casos de mala praxis médica, “la mora se produce en el mismo instante del acto médico desencadenante de los daños por los que prospera la

(27) GALDÓS, Jorge M., “Hacia una nueva noción conceptual del daño moral. El aporte de las neurociencias”, LA LEY 28/09/2020, 1.

pretensión, por lo que los intereses corren desde ese momento”.

Ahora bien, siendo que la sentencia fijó las sumas resarcitorias a valores actuales, desdobra los intereses a aplicar, de tal modo que indica una tasa pura del 8% anual entre el incumplimiento —de acuerdo con lo mencionado supra— y sentencia de primera instancia y, desde allí en adelante, la tasa activa a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Por pura lógica, excepciona los gastos por futuros tratamientos cuyos intereses serán liquidados a la tasa activa a partir de la sentencia de primera instancia.

II.5. Constitucionalidad del art. 730 del Cód. Civ. y Com.

Sobre la impugnada declaración de inconstitucionalidad de dicha disposición habida en la sentencia recurrida, el fallo la revoca. Para ello se vale de sólidas razones, tales como que dicha decisión es la *ultima ratio*, que se debe evitar invadir la esfera propia del poder legislativo, que debe demostrarse en el caso concreto, a los que suma la finalidad de la norma, remitiéndose a dos precedentes de la misma sala para evitar reiteraciones innecesarias.

II.6. Costas

Finalmente, no encontrando motivos para aplicar la excepción prevista por el segundo pá-

rrafo del art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, confirma la condena en costas a los vencidos, rechazando sus agravios al respecto.

Incluso impone las costas de la instancia de alzada también a los demandados, “en atención a la finalidad que cumplen en juicios como el presente y porque —además— fueron sustancialmente vencidos en los recursos”.

Obviamente, excepciona a los gastos causídicos relativos a A.T.F. y Seguros Médicos SA, excluidos de la condena, indicando que en su caso sean distribuidos por su orden.

III. Conclusiones

He de reconocer que el comentario que antecede no hace justicia a los distintos puntos que se desarrollan en el fallo, por lo demás numerosos y ricos en análisis tanto jurisprudencial como doctrinario; es por tal motivo que hago *mea culpa* por explayarme más en aquellos que me resultaron de más atractiva lectura y examen, presentando tantos otros con la solución dada en el decisorio, como para no dejarlo huérfanos de mención. Mis disculpas a quienes consultan el presente trabajo interesados solo en esa dirección: estoy segura de que la misma fundamentación de la sentencia en esas temáticas los dejará más que satisfechos.

JURISPRUDENCIA

RESPONSABILIDAD POR LA MUERTE DE UN ANIMAL

Perro dejado en una veterinaria para su bañado y secado. Golpe de calor. Muerte del animal. Responsabilidad civil. Obligación de seguridad. Daño moral.

1. — Debe confirmarse la responsabilidad de los codemandados, en tanto el perro no presentaba al ingreso a la veterinaria ninguna enfermedad o afección detectada en ese momento. El animal fue entregado al codemandado con el único objetivo de ser bañado y, al asistir su dueño para retirarlo de la veterinaria, aquel se encontraba totalmente descompensado en un estado general muy malo.
2. — Si el perro recibió el golpe de calor dentro de una máquina secadora o fue causado por algún otro artefacto utilizado a los mismos fines no resulta relevante, desde que lo concreto es que fue ocasionado durante el procedimiento del baño-secado dentro de las instalaciones destinadas para la actividad por la veterinaria. De allí que los accionados, que lucran con ese servicio, resulten responsables por las consecuencias dañosas que pudieran haberse producido durante su desarrollo, precisamente, por los riesgos propios de su actividad.
3. — La prestadora del servicio —en el caso, una veterinaria— se encuentra obligada a preservar la integridad y seguridad de quienes contratan con ella. Es evidente que, frente a lo ocurrido, los demandados incumplieron el deber de seguridad, cuidado y prevención que la relación contractual les imponía desde el mismo momento en que el perro fue dejado a los fines del bañado y secado.
4. — Si bien se responsabilizó a los demás accionados por el suceso que provocara la muerte del perro, lo cierto es que quedó establecido que ello se produjo por un “golpe de calor” durante el servicio de bañado y secado. Es decir, que el incumplimiento quedó focalizado durante ese proceso o servicio y no respecto de la atención médica brindada después. Y, tan es así que la propia experta destacó que la atención médica que le practicaron al perro fue adecuada a las circunstancias del caso, pero que la gravedad y situación crítica del paciente, no pudo evitar el resultado de la muerte.
5. — Ha quedado acreditado que no existió mala praxis médica de parte de la emplazada y, por tanto, que se justifique atribuirle responsabilidad por la muerte del perro en los términos de

los arts. 512 y 902 del Cód. Civil. Por lo demás, contrariamente a lo sostenido por la actora, la responsabilidad de la facultativa no puede ser analizada bajo la órbita de la ley de defensa al consumidor, ya que los servicios profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales o autoridad facultada para ello no se encuentran comprendidos en dicha ley (art. 2°).

6. — Quedó acreditado a través de la prueba testimonial la afinidad que tenía el actor con el perro, el cual vivía en su departamento y le prodigaba un gran afecto. Asimismo, quedó establecido que le brindaba todos los cuidados médicos y sanitarios. En consecuencia, la pérdida de su mascota debe haberle ocasionado una gran perturbación espiritual y emocional, una alteración en la paz y tranquilidad y, en general, toda afección a los más íntimos sentimientos, máxime cuando esta se produjo de manera abrupta e imprevista. Por ello, corresponde elevar el daño moral a la cantidad de \$100.000.



CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Muerte de un perro tras un golpe de calor sufrido en una veterinaria

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: 100.000.-

CNCiv., sala F, 14/12/2021. - Salsamendi, Ezequiel Martín c. Chivilcoy SH y otros s/ daños y perjuicios - resp. profesional.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/193375/2021]

Expte. n° CIV 008622/2016/CA001

Buenos Aires, 14 de diciembre de 2021.

Considerando:

El doctor *Posse Saguier* dijo:

I.- Ezequiel Martín Salsamendi, promovió demanda contra Vanesa Romina Labbate, Jorge Andrés Rittacco, Darío Omar Moisés Laham, Brian Ezequiel Figueroa y Chivilcoy S.H., por daños y perjuicios a raíz del hecho ocurrido el 18 de enero de 2015.

Relató que compartía su vida con “Chezu”, un perro ovejero alemán nacido en 2008. Señaló que el día aludido lo llevó a la veterinaria habitual a que lo bañaran como de costumbre. Dijo que lo atendió Brian Ezequiel Figueroa, quien se hizo cargo del perro y que retornara en una hora. Cuando lo hizo, vio con sorpresa que “Chezu” se hallaba en la enfermería, que se encuentra aparte de la zona de peluquería.

Agregó que la persona que quedó a cargo del perro le manifestó que lo había dejado en la secadora de 20 a 25 minutos sin observarlo y que cuando lo buscó lo encontró mal y lo llevó a rastras hasta el aludido sector de enfermería, donde se encontraba en ese momento. Indicó que “Chezu” estaba tendido sobre una camilla, con golpes y cortes en ambos lados de la cara, manaba sangre de su boca y una huella de la pata trasera izquierda estaba desprendida; estaba totalmente desvanecido. En esas circunstancias se hizo presente una veterinaria, quien lo atendió hasta estabilizarlo y le sugirió que lo llevase a su casa. Le facilitó la medicación, pero “Chezu” nunca pudo llegar a tomarla.

Así las cosas, alrededor de las 15 horas, el actor no notó ninguna mejoría, parecía a punto de convulsionar, razón por la cual lo cargó y lo llevó nuevamente a la veterinaria, donde fue atendido por varios veterinarios que rotaban y le suministraban distintos medicamentos. Cerca de las 17 horas tuvo una convulsión y continuó repitiendo ese cuadro el resto de las horas.

Dijo que a las 9 horas, del día siguiente, un veterinario cardiólogo le hizo un estudio, “Chezu” respiraba con dificultad y siendo las 11.15 hs murió. Efectuó la denuncia ante la comisaría por maltrato animal, lo que dio origen a una causa penal, donde se realizó la necropsia, del que surge que el fallo cardiocirculatorio pudo haberse debido a un golpe de calor, colapso traqueal e hipoxia.

El pronunciamiento de grado rechazó la excepción de falta de legitimación para obrar activa opuesta por la codemandada Labbate, con costas a su cargo. Por otra parte desestimó la demanda interpuesta contra la Dra. Vanesa Romina Labbate. Por último, hizo lugar a la acción contra Jorge Andrés Ritacco, Darío Omar Laham, Brian Ezequiel Figueroa y Chivilcoy S.H. y, en consecuencia, condenó a estos últimos a pagarle al actor la suma de pesos \$ 20.000, con más sus intereses y costas.

Apelaron el actor y los emplazados que fueran condenados, presentando sus respectivos memoriales, los que fueron contestados.

II.-Ante todo, cabe ponderar que dada la fecha de la ocurrencia del hecho, las consecuencias derivadas del accidente deberán ser analizadas en orden a

las previsiones contenidas en el anterior Código Civil (conf.art.7 del Código Civil y Comercial ley 26.994, esta Sala en autos caratulados: “Benítez Pamela Lura Noemí c/Arrieta Roberto Sergio y otros s/daños y perjuicios” sentencia del 15 de diciembre de 2015).

Es de recordar que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones, sino que la obligación se circunscribe a las cuestiones que estimen necesarias para fundar la sentencia que deben dictar (Santiago Carlos Fassi, “Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado” T. I, p. 277/278, Astrea, Bs. As. 1971). Así pues, no se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco rebatir todos y cada uno de los fundamentos por ellas invocados (conf.: CNCiv., sala C, octubre 15/2002, “Emprovial S.A. v. G. B. y Cía. S.A. s/cobro de sumas de dinero”, L. 336672), por lo que me limitaré a considerar los agravios sobre aquellas cuestiones centrales que sean útiles para la decisión (conf.: CNCiv., sala C, marzo 7/2000, “Solari, Azucena M. y otro v. Iriarte, Adriana N. y otro s/daños y perjuicios”, L. 275710; id. sala C, diciembre 7/2000, “Peralta, Ricardo v. Errecarte, Oscar A. y otro s/daños y perjuicios”, L. 294315; CNCiv., sala F, septiembre 7/2005 “F. de A., A. R. v. T. L., E.”; JA 2005 IV 567).

En lo tocante a la responsabilidad, ambas partes se alzaron disconformes con el pronunciamiento de grado. Los emplazados cuestionaron la responsabilidad que se les atribuyera por la muerte del perro y la actora por el hecho que la juzgadora desestimara la acción contra la médica veterinaria. Adelanto, desde ya, que no encuentro, en este punto, que sean justificados los agravios de ninguno de los apelantes.

La primera queja de los accionados apunta a cuestionar que la juzgadora habría considerado decisiva la rebeldía decretada respecto de uno de los codemandados - Brian Ezequiel Figueroa -y, por ende, de la presunción que de ella emana, sin ponderar que los restantes accionados sí respondieron la demanda incoada.

La argumentación que se ensaya carece de todo asidero, ya que si bien la juzgadora hizo mención a la situación de rebeldía del aludido accionado, lo cierto es que ponderó exhaustivamente las pruebas arrimadas para atribuirles la responsabilidad respecto al suceso en cuestión.

Por otra parte, sostienen los apelantes que no se habría acreditado que el perro tuvo un golpe de calor dentro de la veterinaria producto de un baño al que fue sometido.

La negativa de los accionados de que el perro no habría sufrido un “golpe de calor” dentro de las ins-

talaciones de la veterinaria, está totalmente desvirtuado por la propia historia clínica que emana de la veterinaria (véase fs. 20). En ella puede leerse que “lo trajeron a bañar y sufrió un golpe de calor...”. De allí que no hay duda que durante el desarrollo del servicio se produjo el golpe de calor en el perro. Por otro lado, como bien lo destaca la juzgadora, esa constancia transcrita en la historia clínica también autoriza a inferir que el perro llegó caminando en aparente buen estado de salud, ya que de otro modo hubiera quedado asentado que el animal fue recibido por la veterinaria sin poder moverse por sus medios.

Además, refieren que de acuerdo con lo relatado por la testigo Laura Gisele Romero, el perro habría estado el día anterior al hecho en una quinta y que seguramente el animal estaría en constante movimiento bajo el sol y con altas temperaturas, lo cual, a su criterio, habría sido la causa que complicaría la miocardiopatía detectada con anterioridad.

Por de pronto, el hecho de que la testigo Romero, amiga del actor (véase fs. 207/208), hubiese manifestado en su declaración que el perro estuvo en una quinta el día anterior, de ninguna manera autoriza a concluir que esa circunstancia fuese demostrativa de que el animal hubiese sufrido un golpe de calor el día anterior y, menos todavía, que hubiese causado la dolencia padecida. Se trata de una afirmación meramente conjetural desprovista de todo respaldo probatorio.

La perito médica veterinaria designada de oficio manifestó que la muerte del perro se produjo, con altísima probabilidad, por un paro cardio circulatorio. Destacó que en el examen histopatológico se evidencia un cuadro severo agudo de congestión y sufusiones en órganos como intestino delgado, hígado y pulmones. Agregó que el color muy oscuro que presenta la sangre indica falta de oxígeno (hipoxia). El colapso traqueal dorso ventral contribuyó a la falta de oxígeno, el cual se habría producido durante el baño-secado, como consecuencia directa del golpe de calor. Señaló también que la causa más común del golpe de calor es la exposición de más de quince minutos a temperaturas elevadas, como la que ocurre en algunos tipos de secadores, sin control adecuado y en ambiente poco ventilado. Si la temperatura es muy elevada, el mecanismo fisiológico de pérdida de calor como el jadeo pierde eficacia, derivando en golpe de calor; y, cuando la temperatura corporal supera los 42°, el cuadro es tan grave que puede morir en una hora.

Por otro lado, indicó la profesional que el tratamiento sistémico endovenoso de sostén pudo haber sido adecuado, pero la gravedad y situación crítica del paciente no pudo evitar el resultado de la muerte. Concluyó que de la historia clínica obrante a fs. 19/20 no

surge que el perro presentara patología alguna predisponente al cuadro agudo crítico y grave que derivó en su muerte, sin que conste que hubiese recibido tratamiento médico por alguna enfermedad preexistente. Además, la perito dejó constancia que en la historia clínica aludida -fs. 20- se hace mención a una herida en la zona plantar de la pata trasera izquierda, ocasionada en el acontecimiento del baño y secado. En suma, reiteró la experta que, con altísimo grado de probabilidad, casi certeza, la causa de la muerte del perro se debió a un paro cardiocirculatorio producido por un golpe de calor durante el procedimiento de bañado-secado el día 18 de enero de 2015.

Es cierto que el veterinario cardiólogo que atendió al ovejero alemán -Alejandro Pablo Graziano- diagnosticó que padecía de una “cardiopatía dilatada”, señalando en su declaración de fs. 216/217, que dicha patología no tiene una etiología definida, o sea, que cuando no hay una causa definida se dice que ese problema muscular se denomina de ese modo.

Sin embargo, no puede dejar de señalarse que la atención médica que brindara el testigo -tal como surge del informe de fs. 54- se produjo al día siguiente del suceso en examen (19 de enero de 2015). Así también surge de los dichos de la profesional María Virginia Mella -que estaba de guardia en la veterinaria cuando el ovejero alemán se hallaba internado- ya que refirió que al día siguiente, o sea, el 19 de enero, se haría presente para evaluar al perro el médico cardiólogo doctor Graziano (véase fs. 203/204). Como se ve, entonces, no se cuenta con ningún elemento que indique que el perro, con anterioridad al servicio contratado, tuviera alguna dolencia cardíaca.

Por otro lado, en la audiencia celebrada a fs. 255 la experta insistió en sostener que en la propia historia clínica se asentó que había sufrido un golpe de calor ocasionado el día anterior al examen realizado por el cardiólogo. Señaló que no hay ningún informe en la historia clínica que convalide una enfermedad hasta ese momento, aclarando que tampoco se le estaba realizando algún tipo de tratamiento. También dijo la experta que el perro sufrió un aplastamiento dorso-ventral de la tráquea, según constan en la autopsia. O sea, le aplastaron el cuello, sea con la mano o con algún otro elemento, lo que contribuyó a la hipoxia. Reiteró que la más frecuente de las causas de los golpes de calor, es la exposición a temperaturas elevadas por más de 15 minutos, que la muerte no se debió a ninguna enfermedad preexistente, ya que no tenía tratamiento.

La pericia fue impugnada por los accionados. En referencia a las críticas expuestas sobre la tarea pericial, es atinado recordar que su impugnación debe tener tal fuerza y fundamento que evidencie la falta

de competencia, idoneidad o principios científicos en que se fundó el dictamen. El Juez solo puede apartarse del asesoramiento pericial cuando contenga deficiencias significativas, sea por errores en la apreciación de circunstancias de hecho o por fallas lógicas del desarrollo de los razonamientos empleados, que conduzcan a descartar la idoneidad probatoria de la peritación. En el caso las observaciones realizadas por los accionados no aparecen avaladas por otras probanzas de mayor rigor científico que desmerezcan la labor pericial (cfr. Palacio, "Derecho procesal Civil" Tº IV, pag. 720).

Por lo demás, el peritaje aparece sustentado en los conocimientos y experiencia profesional del experto, quién en su contestación de fs.231 y en la audiencia de fs. 255 no dejó lugar a dudas respecto de los fundamentos que avalan sus deducciones. De allí que, a la luz de lo estipulado en los arts. 386 y 477 del Código Procesal, corresponde aceptar dichas conclusiones. Más aún si se tiene en cuenta que el informe de la necropsia obrante a fs. 9/11 tampoco descarta que la falla multiorgánica pudiera haber tenido su causa en el golpe de calor.

De los términos de las conclusiones apuntadas por la experta en la materia, no cabe sino compartir el exhaustivo análisis efectuada por la juzgadora, en el sentido de que el can no presentaba al ingreso a la veterinaria ninguna enfermedad o afección detectada en ese momento. El animal fue entregado al co-demandado Brian Figueroa con el único objetivo de ser bañado y, al asistir su dueño para retirarlo de la veterinaria, aquel se encontraba totalmente descompensado en un estado general muy malo.

En rigor, si como -con razón lo destaca la juzgadora- el golpe de calor lo recibió dentro de una máquina secadora o causado por algún otro artefacto utilizado a los mismos fines, no resulta relevante, desde que lo concreto es que fue ocasionado durante el procedimiento del baño-secado, dentro de las instalaciones destinadas para la actividad por la veterinaria. De allí que los accionados, que lucran con ese servicio, resulten responsables por las consecuencias dañosas que pudieran haberse producido durante su desarrollo, precisamente, por los riesgos propios de su actividad. Ello es así porque la prestadora del servicio se encuentra obligada a preservar la integridad y seguridad de quienes contratan con ella. Es evidente que, frente a lo ocurrido, los demandados incumplieron el deber de seguridad, cuidado y prevención que la relación contractual les imponía desde el mismo momento en que el perro fue dejado a los fines del bañado y secado.

Como se ve, sea que se aluda a la obligación tácita de seguridad o se encuadre más estrictamente

el caso dentro de las normas de la ley de defensa al consumidor -como lo hizo la juzgadora-, lo cierto es que cuando el servicio es incumplido cabe atribuirle responsabilidad al prestador del servicio por las consecuencias dañosas que se produzcan durante su desarrollo, de la que solo se libera total o parcialmente si prueba la existencia de causa ajena. Se trata de una responsabilidad de índole objetiva.

De allí, entonces, que habré de propiciar el rechazo de los agravios y, en consecuencia, la confirmación de la sentencia en cuanto atribuyó responsabilidad a los emplazados.

III.- La actora se agravia porque la juzgadora eximió de responsabilidad a la médica veterinaria doctora Labbate.

Si bien se responsabilizó a los demás accionados por el suceso que provocara la muerte del perro "Chezu", lo cierto es que quedó establecido que ello se produjo por un "golpe de calor" durante el servicio de bañado y secado. Es decir, que el incumplimiento quedó focalizado durante ese proceso o servicio y no respecto de la atención médica brindada después. Y, tan es así que la propia experta destacó que la atención médica que le practicaran al perro fue adecuada a las circunstancias del caso, pero que la gravedad y situación crítica del paciente, no pudo evitar el resultado de la muerte.

De esta manera, ha quedado acreditado que no existió mala praxis médica de parte de la emplazada Labbate y, por tanto, que se justifique atribuirle responsabilidad por la muerte del perro en los términos de los arts. 512 y 902 del Código Civil. Por lo demás, contrariamente a lo sostenido por la actora, la responsabilidad de la facultativa no puede ser analizada bajo la órbita de la ley de defensa al consumidor, ya que los servicios profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales o autoridad facultada para ello, como es el caso de la accionada Labbate, no se encuentran comprendidos en dicha ley (art.2º).

Por ello, habré de desestimar los agravios de la actora y, en consecuencia, habré de propiciar la confirmación de la sentencia en este punto.

IV.- La actora se queja por considerar reducida la suma otorgada en concepto de daño moral (\$ 20.000).

El daño moral es inmaterial o extrapatrimonial y representa los padecimientos soportados y futuros que tuvieron su origen 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, en causa libre n° 426.420 del 31/10/2005, entre otras).

En el caso, quedó acreditado a través de la prueba testimonial, la afinidad que tenía el actor con el perro "Chezu", el cual vivía en su departamento y le prodigaba un gran afecto. Asimismo, quedó establecido que le brindaba todos los cuidados médicos y sanitarios. Coincidió con la juzgadora en que para el actor la pérdida de su mascota debe haberle ocasionado una gran perturbación espiritual y emocional, una alteración en la paz y tranquilidad y, en general, toda afección a los más íntimos sentimientos, máxime cuando esta se produjo de manera abrupta e imprevista. Por ello, habré de propiciar se eleve esta partida a la cantidad de \$ 100.000. No quiero dejar de señalar que por más que la suma que se propone resulte ser superior a la pedida inicialmente, lo cierto es que no puede dejar de ponderarse que dicha estimación se hizo con la clara intención de no cristalizar su reclamo al utilizar la fórmula "lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse" (véase fs. 38), más aún si se tiene el actual contexto económico. De allí que de ninguna manera podría considerarse que la cifra propuesta vulnera el principio de congruencia (arts. 34, inc. 4 y 36, inc. 6 del Código Procesal).

V.- En cuanto a la imposición de costas de primera instancia que cuestionan los demandados, atento la suerte de su recurso deberá confirmarse este aspecto del fallo por el principio objetivo de la derrota a que alude el principio general sentado por el art. 68 del Código Procesal.

Por todo lo expuesto, si mi voto fuese compartido, propongo se confirme la sentencia en lo principal que decide, elevándose el daño moral a la cantidad de \$ 100.000. Costas de Alzada a los condenados que resultan ser sustancialmente vencidos.

Por razones análogas a las aducidas por el doctor *Posse Saguier*, el doctor *Galmarini* votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta. La Vocalía 17 se encuentra vacante. Con lo que terminó el acto.

Buenos Aires, diciembre de 2021.

Vistos:

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia en lo principal que decide, elevándose el daño moral a

la cantidad de \$ 100.000. Costas de Alzada a los condenados que resultan ser sustancialmente vencidos.

Autos a regular honorarios.

La Vocalía 17 se encuentra vacante.

Notifíquese. Devuélvase. — *José L. Galmarini*. — *Fernando Posse Saguier*.

SEGURO DE AUTOMOTOR

Robo. Falta de respuesta y cobertura tras la denuncia. Privación de uso. Daño moral. Daño punitivo.

1. — La privación del uso del automotor es un daño resarcible, no sólo cuando el vehículo asegurado tenga como destino la realización de tareas comerciales sino, con mayor amplitud, cuando la privación de uso de un vehículo cause a su titular una serie de molestias, gastos, pérdidas de tiempo y otras erogaciones e inconvenientes que no se hubiesen padecido de no haberse visto privado de ese uso. Sin embargo, no puede soslayarse que, como contrapartida, el perjudicado de esa privación obvia ciertos reembolsos que, en alguna medida, compensan la entidad de aquéllos, por ende, la indemnización por este rubro resultará admisible siempre que se acredite fehacientemente la existencia del daño, de modo de evitar que se produzca un enriquecimiento sin causa en perjuicio del deudor. En la especie, el accionante reclamó la suma de \$ 25.000 por este rubro, mas no acreditó concretamente de qué manera arribó al monto referido, ni menos aún cuáles fueron los presuntos gastos causados por la falta del vehículo.
2. — La reparación del agravio moral derivado de la responsabilidad contractual, queda librada al arbitrio del juez, quien libremente apreciará su procedencia. Sin embargo, se debe conceder con cierta estrictez y es a cargo de quien lo reclama su prueba concreta.
3. — La indemnización del daño moral es procedente, ya que no resulta difícil representarse el grado de incertidumbre que por necesidad debió provocarle al actor el hecho de no haber obtenido la indemnización correspondiente a la cobertura contratada por robo/hurto total, luego de haber cumplido con todas las obligaciones a su cargo, como efectuar la denuncia en término y acompañar la documentación requerida con posterioridad por la aseguradora,

sin mediar constancia alguna que dé cuenta sobre el rechazo del siniestro por parte de la compañía aseguradora, o siquiera algún tipo de comunicación dirigida al asegurado.

4. — La aplicación de la sanción por el daño punitivo debe presuponer los extremos exigibles de responsabilidad, que apuntan a la clara finalidad de castigar graves inconductas y a prevenir su repetición, a reflejar la desaprobación social frente a esas graves inconductas y proteger el equilibrio del mercado.
5. — La conducta que generó el incumplimiento de la accionada con respecto a su obligación de expedirse acerca del derecho del asegurado, y eventualmente responder por la verificación del riesgo, no permite asumir, sin más, el designio doloso de perjudicar o la existencia misma de culpa grave o evidente mala fe y, de otro lado, tampoco aparece demostrada una generalización de esa conducta, de modo que autorice a presumir la indiferencia o el propósito de incumplir, como vía de obtención de un indebido beneficio económico, aspectos éstos que son requeridos para habilitar la procedencia del daño punitivo pretendido.

CNCom., sala A, 20/12/2021. - Gómez, Fernando Adrián c. Agrosalta Cooperativa de Seguros Limitada s/ ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/198854/2021]

ⓘ COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. n° CIV 059204/2018/CA001

Buenos Aires, 20 de diciembre de 2021.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

La doctora *Uzal* dijo:

I. Los hechos del caso.

1) En fs. 25/34 se presentó Fernando Adrián Gómez por derecho propio y con patrocinio letrado, promoviendo demanda contra Agrosalta Cooperativa de Seguros Limitada por el cobro de la suma de \$ 427.000, más intereses y costas.

Refirió que la póliza N° 3052785 emitida por su contraria, amparaba el rodado de su propiedad marca Fiat, modelo Palio ELD 4 puertas, Dominio..., que

entre los días 19 y 20 de septiembre de 2017 fue robado/hurtado cuando se encontraba estacionado en la puerta de su domicilio sito en la calle Guerrico 5681, CABA.

Indicó haber radicado la respectiva denuncia ante la Comisaría N° 52 de la Policía Federal, dando inicio a las actuaciones N° 248409/2017, como así también que realizó la denuncia del siniestro el día 21.09.17 ante el productor de seguros Mariano Alfaro. Añadió que, con fecha 25.09.17, se presentó ante las oficinas de la compañía accionada, quien le requirió una serie de documentos para iniciar el reclamo.

Señaló que el 01.11.17 presentó la documentación requerida ante la sucursal de la firma demandada ubicada en la localidad de Morón, con quien tenía contratada la póliza referida por un total asegurado de \$ 77.000.

Afirmó que su contraria nunca se expidió sobre la procedencia o rechazo del siniestro en cuestión, cuando su parte habría cumplido con los requerimientos del caso. Refirió que en la especie se trata de una aceptación tácita del siniestro en los términos del art. 56 LS.

Reclamó el pago de las sumas de \$ 77.000 por el incumplimiento contractual, \$ 25.000 en concepto de privación de uso, \$ 20.000 en concepto de lucro cesante, \$ 75.000 en concepto de daño moral, \$ 200.000 en concepto de daño punitivo y \$ 30.000 en concepto de daño psicológico.

Fundó en derecho y ofreció prueba.

2) Corrido el pertinente traslado de ley, a fs. 56/60 se presentó Agrosalta Cooperativa de Seguros Limitada por intermedio de letrado apoderado, y contestó demanda instaurada en su contra, allanándose al reclamo de la actora y reconociendo que corresponde el pago de la indemnización por el robo de la unidad, habiéndose cometido un error involuntario al no haberse abonado en tiempo y forma la misma, luego de haber recibido el informe efectuado por el estudio liquidador.

Impugnó el importe del capital demandado, indicando que el actor omitió descontar el valor de las primas adeudadas hasta el vencimiento del contrato.

Cuestionó la procedencia de los demás rubros reclamados, solicitó el rechazo de la demanda y ofreció prueba.

3) Abierta la causa a prueba a fs. 73/4, se produjo la que surge de la certificación del día 14.06.21.

4) Con fecha 29.06.21 presentó el alegato la parte actora, que fue la única que hizo uso de ese derecho.

II. La sentencia apelada.

En el fallo apelado -dictado con fecha 06.09.21-, la Magistrada de grado resolvió admitir parcialmente la demanda, condenando a Agrosalta Cooperativa de Seguros Limitada a abonar a Fernando Adrián Gómez dentro del término de diez días, las sumas de: i) \$ 77.000 más intereses calculados a la tasa activa del Banco Nación Argentina para sus operaciones de descuento ordinario a treinta días, sin capitalizar, a partir del 16.12.17; ii) \$ 4000 mensuales desde que la aseguradora debió abonar el siniestro, en concepto de privación de uso; iii) \$ 30.000 en concepto de daño moral, más intereses a una tasa del 6% desde el día de promoción de la demanda y hasta el efectivo pago; y, iv) \$ 100.000 en concepto de daño punitivo (art. 52 bis LDC), con costas a la parte demandada vencida (art. 68 CPCCN).

En primer término, la sentenciante indicó que la accionada se allanó al reclamo en lo que respecta a la contratación de la póliza, la suma asegurada, el acaecimiento del siniestro y la denuncia temporánea del mismo, manifestando que la falta de pago se debió a un error involuntario.

Advirtió que la prueba pericial contable de marras no fue producida sobre los libros contables físicos de la parte demandada, sino sobre el material digital remitido por aquélla, que acredita la emisión de la póliza N° 3052785, el pago del total de la prima, siendo que el último pago realizado fue posterior al acaecimiento del siniestro (05.10.17). Añadió que dicho informe pericial no fue impugnado por las partes.

Indicó que la prueba pericial psicológica concluyó en la inexistencia del daño psicológico reclamado, la cual tampoco mereció observaciones.

Asimismo, la a quo refirió que la prueba testimonial da cuenta del hurto del rodado asegurado, de la angustia, sintomatología y apremios económicos que padeció el actor como consecuencia de la falta de pago del premio, como así también que utilizaba el rodado con fines comerciales.

La Magistrada de grado, consideró que se encontraba acreditado el siniestro y el derecho del actor a percibir la indemnización prevista en el contrato. Agregó que ninguna prueba produjo la aseguradora tendiente a convalidar los fundamentos de su defensa, referida a que el actor adeudaba primas que debían descontarse del pago del premio.

En consecuencia, condenó a la aseguradora al pago del importe correspondiente al valor asegurado (\$ 77.000), con intereses calculados a la tasa activa del Banco Nación Argentina para sus operaciones de descuento ordinario a treinta días, sin capitalizar, a partir del 16.12.17.

Ordenó al titular del dominio transferir el rodado siniestrado a la aseguradora y la entrega del certificado de la inscripción registral de baja del automotor, dentro de los diez días de consentido o ejecutoriado el presente decisorio.

En relación al lucro cesante reclamado (\$ 20.000), advirtió que el destino comercial -no acreditado- de la unidad, surge únicamente de la prueba testimonial, sin que se hayan acompañado otros elementos de prueba que permitan establecer el mismo, por lo que rechazó el reclamo indemnizatorio en ese aspecto.

En concepto de privación de uso, la sentenciante reconoció a favor del actor, la suma de \$ 4.000 mensuales desde que la aseguradora debió abonar el siniestro (art. 165 CPCCN), más intereses a la tasa fijada precedentemente, desde la mora acaecida en la fecha antes mencionada y hasta el efectivo pago.

Asimismo, y a partir de los testimonios recabados en autos, reconoció una indemnización de \$ 30.000 en concepto de daño moral, con intereses a una tasa del 6% desde el día de promoción de la demanda y hasta el efectivo pago.

Finalmente, rechazó el rubro vinculado al daño psicológico en virtud del incontrovertido dictamen pericial, y admitió la sanción solicitada en los términos del art. 52 bis LDC en concepto de daño punitivo por la suma de \$ 100.000, tras considerar verificado en el caso un enriquecimiento indebido por parte de la demandada.

III. Los agravios.

Contra dicho pronunciamiento se alzó la parte demandada, quien sustentó su recurso con la expresión de agravios de fecha 12.10.21.

El traslado del memorial referido, mereció la réplica del actor presentada con fecha 19.10.21 y la Sra. Fiscal General actuante ante esta Cámara, se expidió en los términos que resultan del dictamen copiado a fs. 110/3.

Agrosalta Cooperativa de Seguros Ltda. se agravó porque la sentenciante de grado admitió una indemnización en concepto de privación de uso.

Advirtió sobre la inexistencia de prueba concreta que haga verosímil el derecho pretendido por el ac-

cionante, y sostuvo que la privación de uso no fue consecuencia del contrato de seguro, sino que el daño fue consecuencia directa del siniestro acaecido. Añadió que el rubro en cuestión se encuentra excluido como daño resarcible, tanto contractual como legalmente.

La compañía también cuestionó la procedencia y el quantum reconocido en concepto de daño moral.

Al respecto, refirió que el actor, en el peor de los casos, habría sufrido molestias menores como consecuencia del hecho, resultando desmesurado y carente de todo sustento el monto otorgado por tal concepto. Solicitó el rechazo del monto de condena establecido por este rubro.

Asimismo, se quejó de la sanción impuesta en concepto de daño punitivo, arguyendo que no habría actuado con culpa grave y poco profesionalismo, menos aún, obteniendo una ganancia.

En tal sentido, explicó que, debido a un error involuntario (sic), omitió abonar en tiempo y forma el siniestro luego de recibir el informe efectuado por el estudio liquidador. Añadió que en ningún momento rechazó el siniestro, toda vez que no había motivos para hacerlo, asumiendo la cobertura sin reserva alguna. Destacó que al contestar la presente demanda, se allanó al reclamo formulado por el actor, reconociendo que correspondía la indemnización por el robo de la unidad. Afirmó que no habría obrado de mala fe, por lo que solicitó se modifique la sentencia de grado, rechazándose el monto de condena establecido por este rubro (sic).

Finalmente, la compañía aseguradora se agravó de la tasa de interés establecida por la Magistrada de grado. Solicitó que los intereses se calculen al 6% anual desde la producción de los daños y hasta la fecha del pronunciamiento de esta Alzada.

IV.- La solución propuesta:

1) El *thema decidendum*.

Delineado del modo precedentemente expuesto el cuadro de situación de la controversia a la luz de los agravios planteados por la recurrente, y habiendo quedado firme en esta instancia lo relativo a la procedencia de la acción deducida por el actor contra la compañía aseguradora en lo que atañe a la responsabilidad atribuible a ésta última por incumplimiento contractual (robo/hurto, no indemnizado), el *thema decidendum* en esta Alzada, reside en dilucidar si resultó acertada, o no, la decisión de la sentenciante de admitir una indemnización en concepto de privación de uso, daño moral y la imposición de una multa en

concepto de daño punitivo en los términos del art. 52 bis LDC.

2) El incumplimiento de marras.

Estimo necesario previo a decidir sobre los rubros indemnizatorios cuestionados, recordar ciertos principios generales relativos a la interpretación y alcances del contrato de seguro suscripto entre las partes, cuyo incumplimiento fue admitido y ha quedado aquí confirmado.

He de recordar, que el fenómeno contemporáneo de la contratación en masa reviste particularidades significativas y que dentro de ellas, el contrato de seguro no sólo es contrato de buena fe, sino que más bien es de “*uberrimae bona fidei*”.

Si bien como lo expresara Halperín (cfr. “Seguros”, Bs. As., 1972, pág. 33), esto no es un rasgo peculiar del contrato en sí, sino que sigue el principio que domina todo el derecho de las obligaciones, ello no quita que sus cláusulas hayan de interpretarse con criterio restrictivo. Comparto, en esa línea, el criterio de que debe estarse a favor del asegurado para el supuesto de oscuridad o ambigüedad en las cláusulas de este tipo de contratos, en forma acorde, con el sentido y objeto que ellas persiguen, sin embargo, deberá atenderse, a las características fácticas del caso, al riesgo que se quiso cubrir, al lapso comprendido y al perjuicio objeto de cobertura (véase: esta CNCom., esta Sala A, mi voto, 31.05.07, in re: “Stoessel, Rodolfo c/ Sancor Coop. de Seguros Ltda. y otro”; íd. 16.05.80, in re: “De Santis Osvaldo c/ Cardinal Cía. de Seguros S.A.”).

En este marco, cabe reiterar pues, que la buena fe es factor primordial en la relación asegurador-asegurado y la exigencia de la buena fe se manifiesta en el seguro de manera extrema y hasta desconocida en los demás contratos, ya que se expresa de modo dominante incluso durante el período precontractual.

En esta línea de ideas, se observa que el rodado marca Fiat, modelo Palio ELD 4 puertas, Dominio... de propiedad del actor, que se encontraba asegurado por la compañía accionada mediante la póliza N° 3052785 (véase el dictamen pericial contable presentado con fecha 17.12.20), sufrió el siniestro denunciado a fs. 25 vta., consistente en el robo/hurto de la unidad con fecha 20.09.17 (v. fs. 20 y 56 vta.).

Asimismo, cabe destacar que la cobertura contratada amparaba el riesgo de robo y/o hurto total de la unidad y, si bien el asegurado habría realizado la denuncia del siniestro en término (21.09.17), presentando posteriormente la totalidad de la documentación requerida por la aseguradora (01.11.17), lo cierto es que la compañía demandada no cumplió con el de-

ber impuesto por el art. 56 LS de “pronunciarse acerca del derecho del asegurado dentro de los treinta días de recibida la información complementaria prevista en los párrafos 2º y 3º del artículo 46”, importando tal omisión la aceptación del siniestro, allanándose incluso al reclamo del actor, al momento de contestar la demanda incoada en su contra (v. fs. 56 vta.). Véase que la propia demandada reconoció allí, que corresponde la indemnización por el robo de la unidad, habiéndose cometido un error involuntario al no haberse abonado en tiempo y forma, luego de haber recibido el informe efectuado por el estudio liquidador.

3) La privación de uso del rodado.

En la instancia de grado, se reitera, tal rubro fue acogido por un importe de \$ 4.000 mensuales desde que la aseguradora debió abonar el siniestro (art. 165 CPCCN), más intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento ordinario a treinta días, sin capitalizar, a partir del 16.12.17 y hasta el efectivo pago, en la inteligencia de que la sola privación del automotor produce por sí misma una pérdida susceptible de apreciación pecuniaria que debe ser resarcida como tal, sin necesidad de prueba específica.

Ahora bien, tiene dicho esta Sala que la privación del uso del automotor es un daño resarcible, no sólo cuando el vehículo asegurado tenga como destino la realización de tareas comerciales (cfr. CNCom., esta Sala A, 06.12.07, in re: “Valiña, Carlos c/ Mercantil Andina Cía. de Seguros S.A.”; ídem, Sala B, 12.08.86, in re: “Zucarino de Palacios c/ Coop. Patronal de Seguros”) sino, con mayor amplitud, cuando la privación de uso de un vehículo cause a su titular una serie de molestias, gastos, pérdidas de tiempo y otras erogaciones e inconvenientes que no se hubiesen padecido de no haberse visto privado de ese uso. Sin embargo, no puede soslayarse que, como contrapartida, el perjudicado de esa privación obvia ciertos reembolsos (mantenimiento del rodado, combustible, estacionamiento, etc.) que, en alguna medida, compensan la entidad de aquéllos, por ende, la indemnización por este rubro resultará admisible siempre que se acredite fehacientemente la existencia del daño. Así pues, es criterio de esta Sala que comparto, que la mera invocación o alegación de la privación del vehículo es insuficiente para acceder a la reparación y ella no suple la falta de prueba sobre el punto, siendo de destacar que tampoco el Tribunal puede fijar a su arbitrio el monto (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 16.10.07, mi voto, in re “Bergilli Néstor Darío c/ La Uruguaya Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima.”; íd., íd., 04.04.07, in re: “Bonfiglio de Folgueiras Mariana y otro c/ La Buenos Aires Compañía Argentinas de Seguros S.A. y otro s/ ordinario”; íd., íd., 10.06.80, in re: “Lerner, José c/ La Magdalena S.R.L.”, íd., íd., 30.05.97,

“Grimblat, Diego Fabián c/ Autoplan Círculo de Inversores S.A.”; entre otros).

Síguese de ello que, para que este rubro prospere, resulta exigible que el interesado suministre prueba concreta de que esos gastos y molestias causados por la falta de vehículo superan o exceden el ahorro que produce esa ausencia de uso, allegando al Tribunal los elementos de juicio necesarios a ese fin, de modo de evitar que se produzca un enriquecimiento sin causa en perjuicio del deudor (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 15.04.08, in re: “Villares, David c/ La Buenos Aires Cía. Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario”; bis ídem, 04.04.07, in re: “Bonfiglio... cit. supra”; entre otros).

En la especie, el accionante reclamó la suma de \$ 25.000 por este rubro, mas no acreditó concretamente de qué manera arribó al monto referido, ni menos aún cuáles fueron los presuntos gastos causados por la falta del vehículo.

En efecto, nótese que el demandante, para sostener la procedencia de este concepto, se limitó a afirmar que contaba con un pequeño emprendimiento y que utilizaba su vehículo diariamente para adquirir productos para su comercio, siendo aquélla su fuente de trabajo. Asimismo, señaló que, como consecuencia del siniestro, no pudo utilizar el rodado para trabajar, ni para su esparcimiento (v. fs. 27 vta.).

Sin embargo, no acreditó en forma alguna -ni siquiera mencionó- cuáles habrían sido los gastos que se vio obligado a afrontar por la circunstancia de no contar con el rodado en cuestión, o por no poder usarlo para desempeñar tareas propias de su trabajo.

A ello se adiciona, si alguna duda cupiese, que del testimonio de Ivanna Romina Vidable, quien declaró a fs. 83 en carácter de conocida del accionante, resulta que el actor trasladaba mercadería con su vehículo particular dado que “generalmente lo veía al actor llegar siempre con su vehículo al local, y luego de esa fecha lo hacía con otro distinto” (sic), por lo que difícilmente podría inferirse la existencia de gastos derivados de la privación de uso del automotor siniestrado cuando, en principio, el accionante habría contado con otro automóvil para poder trasladarse, sin necesidad de sufragar gastos adicionales (vgr. en transporte público, taxi, remis, etc.).

En síntesis, se estima que la orfandad probatoria en relación al rubro analizado, solo permite descartar el daño alegado por este concepto, sin perjuicio de que la ausencia de utilización del vehículo a partir del siniestro -así como la necesidad de adquirir otro para satisfacer sus necesidades laborales o de esparcimiento- sea considerado como un antecedente válido

para la procedencia de una reparación en concepto de daño moral, como se verá infra.

Como consecuencia de ello, habrá de hacerse lugar -en este punto- a la queja de la demandada, y como contrapartida, corresponde revocar la sentencia de grado en lo que al rubro tratado se refiere.

4) Daño moral.

La demandada recurrente se agravó de la procedencia y el quantum reconocido por la sentenciante resarcimiento por el daño moral, admitido por la suma de \$ 30.000.

Ahora bien, acerca del rubro sub examine tiene dicho la jurisprudencia que el resarcimiento del “daño moral” en materia contractual -como en principio lo es el de la especie- debe ser apreciado con criterio restrictivo, teniendo en cuenta que no se trata de una reparación automática tendiente a resarcir las desilusiones, incertidumbres y disgustos que toda inejecución contractual trae aparejados, sino solamente determinados padecimientos espirituales que, de acuerdo con la naturaleza del hecho generador de responsabilidad y circunstancias del caso, así lo hagan menester (art. 522 C.Civ., CNCom., esta Sala A, 09.11.06, in re: “González Adolfo Ramón c/ Transporte Metropolitana General Roca S.A. s/ ordinario”; íd., íd., 28.12.81, in re: “Zanetta Víctor c/ Caja Prendaria S.A Argentina de Ahorro para Fines Determinados”; íd., íd., 13.07.84, in re: “Coll Collada Antonio c/ Crespo S.A.”; íd., íd., 28.02.85, in re: “Vanasco Carlos A. c/ Pinet Casa”; íd., íd., 13.03.86, in re: “Pazos Norberto c/ Y.P.F y otros” y sus citas; íd., íd., 15.11.96, in re: “Chavey, Ángela c/ Empresa de Colectivos Línea 10”; íd., Sala C, 19.09.92, in re: “Farre Daniel c/ Gerencial Fondo Administrador S.A. de Ahorro para Fines Determinados”; íd., Sala B, 21.03.90, in re: “Borelli Juan c/ Omega Coop. de Seguros Ltda.”, entre muchos otros).

Sentado ello, debe señalarse que para que resulte procedente la reparación moral, es necesario considerar la repercusión que la acción dañosa provoca en la persona afectada. Las molestias, así como los reclamos extrajudiciales o la necesidad de accionar judicialmente para obtener el reconocimiento de su derecho indemnizatorio, no constituyen daño moral: para que así sea, es menester alegar y probar -razonablemente- la modificación disvaliosa del espíritu, del querer o sentir del supuesto damnificado para, así, admitir tal rubro indemnizatorio (conf. esta CNCom., esta Sala A, 16.11.06, in re: “Bus Domingo Gabriel c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A.”; íd., íd., 06.12.07, mi voto in re: “Valiña, Carlos c/ Mercantil Andina Cía. de Seguros S.A.”; íd., Sala D, 26.05.87, in re: “Sodano de Sacchi c/ Francisco Díaz S.A. s/ sumario”, entre muchos otros). Es que el agravio moral

importa una lesión a las afecciones legítimas, entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares, aunque no cualquier inquietud o perturbación del ánimo derivados de la privación de bienes materiales son suficientes para justificarlo (conf. esta CNCom., Sala B, 12.08.86, in re: “Katsikaris, A. c/ La Inmobiliaria Cía. de Seguros s/ ordinario”; íd., esta Sala A, 09.10.13, mi voto, in re: “Rearte Fernando Alberto y otro c/ Liderar Compañía General de Seguros S.A. s/ ordinario”, entre muchos otros).

Desde otro sesgo, tampoco debe existir necesaria vinculación proporcional entre el eventual daño moral y el perjuicio que pudiere afectar la persona de la víctima, pudiendo la indemnización variar en razón de las circunstancias de cada caso (conf. esta CNCom., esta Sala A, 30.06.11, in re: “Perman Osvaldo Rubén y otro c/ American Express Argentina S.A. s/ ordinario”; íd., íd., 16.11.06, in re: “Bus Domingo...”; citado supra; en igual sentido, CNCom., Sala D, 28.08.87, in re: “Saig de Piccione, Betty c/ Rodríguez, Enrique”).

El daño moral existe cuando se lesionan derechos de las personas que son extraños a valores económicos y su reparación tiene un carácter resarcitorio y no, meramente sancionatorio o ejemplar, en tanto de lo que se trata de lograr a través de la indemnización, es una compensación que, en alguna medida, morigere los efectos del agravio moral sufrido (conf. CNCom., esta Sala A, 16.11.06, in re: “Bus...”, citado supra; íd., 06.12.07, in re: “Valiña...”, cit. supra; íd., Sala C, 25.06.87, in re: “Flehner, Eduardo c/ Optar S.A.”).

Como consecuencia de lo expresado, la reparación del agravio moral derivado de la responsabilidad contractual, queda librada al arbitrio del juez, quien libremente apreciará su procedencia. Sin embargo, se debe conceder con cierta estrictez y es a cargo de quien lo reclama su prueba concreta.

En esta línea de ideas pues, el peticionante, además de probar la existencia del agravio, debe probar, de alguna manera, su cuantía o, cuanto menos, que se configuran las pautas de valoración necesarias para permitir al juzgador proceder a su determinación. De otra manera, nuevamente, la indemnización podría configurar una confiscación o enriquecimiento sin causa a favor del reclamante (conf. esta CNCom., esta Sala A, 24.02.09, mi voto in re: “Suez Luis Moisés y otro c/ Cencosud S.A. s/ ordinario”; íd., 30.12.10, mi voto in re: “Flores Plata de Cisneros Elida c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. s/ ordinario”; íd., Sala E, 06.09.88, in re: “Piquero, Hugo c/ Banco del Interior y Buenos Aires”).

A diferencia de lo que sucede con otros rubros indemnizatorios, la acreditación del daño moral no re-

quiere, necesariamente, de elementos que objetiven, mediante pericias médicas o psicológicas, la existencia de un perjuicio físico o psiquiátrico (conf. esta CN-Com., esta Sala A, 04.05.06, in re: “Pérez Ricardo Jorge y otro c/ Banco Bansud S.A.”), sin embargo, deben existir indicios que funden la pretensión con una vinculación causal suficiente.

Ello sentado, cabe advertir que -al inicio- el actor refirió que este rubro comprende todo el sufrimiento o alteración disvaliosa del espíritu que en este caso ha sufrido, destacando que, para que la compañía diea curso a su reclamo, habría realizado un sinnúmero de trámites (libre deuda, baja del vehículo, entre otros), sumado a la falta total de respuestas por parte de la compañía aseguradora frente al reclamo ingresado.

Ahora bien, examinados los antecedentes colectados a lo largo del litigio, no resulta difícil representarse el grado de incertidumbre que por necesidad debió provocarle al actor el hecho de no haber obtenido la indemnización correspondiente a la cobertura contratada por robo/hurto total, luego de haber cumplido con todas las obligaciones a su cargo, como efectuar la denuncia en término y acompañar la documentación requerida con posterioridad por la aseguradora, sin mediar constancia alguna que dé cuenta sobre el rechazo del siniestro por parte de la compañía aseguradora, o siquiera algún tipo de comunicación dirigida al asegurado.

Así las cosas, se estima que las vicisitudes que debió afrontar el Fernando Adrián Gómez como consecuencia del accionar de la aseguradora, efectivamente, debieron ocasionarle una afectación del espíritu suficiente para ser resarcida.

Sobre esa base, concedida como razonable inferencia la existencia del daño moral invocado por el accionante, considerando las circunstancias del caso y recurriendo al ya recordado criterio de estimación prudencial que debe orientar la labor de los magistrados -art. 165 CPCCN-, se considera que corresponde mantener la indemnización otorgada en tal sentido por la Sra. Juez de grado, cuyo quantum guarda una razonable proporcionalidad con la entidad del daño efectivamente sufrido.

En consecuencia, se rechaza el agravio vertido por la firma accionada sobre el particular.

5) El reclamo en concepto de “daño punitivo”

Cabe ingresar ahora en el análisis del agravio vertido por la demandada referido a la improcedencia de una indemnización adicional en concepto de daño punitivo.

i) Como juez de esta Sala he tenido la oportunidad de expedirme sobre el tema que ahora nos ocupa al emitir mi voto en los autos “Razzini Diego c/ Ford Argentina S.A. s/ ordinario”, del 20.12.11 -entre muchos otros-.

En dicho precedente, se señaló que el “daño punitivo” es un instituto de sólido predicamento en el derecho anglosajón, donde se lo designa bajo la denominación de “punitive damages” (también, “exemplary damages”, “non compensatory damages”, “penal damages”, “aggravated damages”, “additional damages”, etc.) y que ha comenzado a proyectarse gradualmente, también dentro del sistema continental europeo, en Canadá y -recientemente- entre nosotros, donde se ha traducido el instituto al español, literalmente como “daños punitivos”, aunque comparto que tal denominación resultaría objetable, pues lo que se castiga o sanciona son ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no, el daño en sí mismo, tal como acota Pizarro (conf. Pizarro, Ramón D.; “Derecho de Daños”; Ed. La Rocca, Buenos Aires 1993, pág. 291, nota 7).

En algunos de los países anglosajones, se ha interpretado que consiste en una cantidad económica que se impone y debe desembolsar el responsable de un daño, no para compensar al demandante -como víctima del perjuicio sufrido- sino, con la finalidad de impedir y de disuadir al demandado y a otras personas de que realicen actividades tales como las que causaron daños al demandante, constituyendo así una especie de “pena privada” para disuadir a toda la sociedad de la realización de actos particularmente dañinos y graves, como los daños al medio ambiente, a la salud y a la seguridad pública (véase, P. Salvador Cordech; “Punitive Damages”, Indret, septiembre de 2001; E. D’Alessandro; “Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia”, Rivista di diritto civile, 2007, I, pág. 384 y ss; R. Pardolesi; “Danni punitivi: frustrazione da vorrei, ma non posso?”, Rivista critica del diritto privato, 2007, pág. 341 y ss.). Cabe acotar, que se ha señalado, muchas veces, que las cifras que en los Estados Unidos y en el Reino Unido se conceden como “daños punitivos” alcanzan proporciones muy significativas y que su impacto social es enorme, de ahí que para su reconocimiento internacional, las sentencias con condenas de este tipo hayan sido sometidas a “tests de proporcionalidad” y “tests de vinculación espacial” (véase al respecto: Alfonso Luis Calvo Caravaca - Javier Carrascosa González; “Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado”, Ed. Comares, Granada 2008, pág. 68/9).

Entre nosotros el “daño punitivo” ha sido definido como la suma de dinero que los tribunales mandan pagar a las víctimas de ciertos ilícitos, que se agregan a las indemnizaciones por daños realmente experi-

mentados por el damnificado y que está destinada a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (conf. Pizarro, Ramón D., "Derecho..."; ob. cit., pág. 291).

Dicho instituto, como se ha dicho, participa de la naturaleza de una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores en los que se condena en calidad de "daños y perjuicios" y se encuentra destinada, en nuestra regulación, en principio, al propio damnificado. Esta pena privada está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños y también, al castigo y al desbaratamiento, a futuro, de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (véase, en esta línea, CACiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, 27.05.2009, in re: "Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina").

Así, se ha sostenido que el instituto cumple una tríada de funciones, a saber: a) sancionar al causante de un daño inadmisibles; b) hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa; y, c) prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares, al que mereciera la punición (conf. Trigo Represas, Félix; "La responsabilidad civil en la nueva ley de defensa del consumidor", LL, 2010-C, 878).

En el mismo sentido, parcialmente, con otros términos, se ha dicho que la finalidad de los daños punitivos es a) punir graves inconductas; b) prevenir futuras inconductas semejantes ante el temor de la sanción; c) reestablecer el equilibrio emocional de la víctima; d) reflejar la desaprobación social frente a graves inconductas; y, e) proteger el equilibrio del mercado (conf. Pizarro, Ramón D.; "Derecho ..."; ob. supra cit., pág. 302/4).

En la jurisprudencia norteamericana esta figura ha encontrado debido cauce procedimental dentro de las llamadas "class actions", que se han convertido en el ámbito apropiado para el tratamiento de las cuestiones relativas a casos de responsabilidad donde los daños resultan agravados por la proyección social y la magnitud del perjuicio que causan (véase la referencia al litigio del Exxon Valdez en "Manual for Complex Litigation, Third", Federal Judicial Center, Washington D.C. 1995, pág. 325), éste resulta, quizás un quicio más razonable para la eventual indemnización que el destino individual del beneficio, a poco que se reflexione sobre la teleología disuasoria y ejemplificadora que inspira la razón de ser del resarcimiento en cuestión.

ii) Los llamados daños punitivos en nuestra legislación.

Ahora bien, los "daños punitivos", hasta no hace mucho tiempo extraños a nuestro derecho, se han convertido en ley positiva en el país a partir de la sanción, en el año 2008, de la Ley 26.361 (modificatoria de la Ley 24.240), mediante dicha normativa se ha incorporado el citado instituto en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

La referida norma establece que al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Se dispone también que "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" (conf. Ley 24.240, artículo 52 bis).

Pues bien, efectuadas las precisiones precedentes en punto al instituto en cuestión, cabe determinar cuáles son los presupuestos que deben requerirse como necesarios para autorizar la concesión de una indemnización adicional por dicho concepto.

En ese cometido, debe aclararse, en primer lugar, que si bien, para la procedencia del "daño punitivo" la literalidad de la norma solo parecería exigir el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales y así ha sido entendido en algunos precedentes, que estiman que lo único que se requiere es la existencia de dicho incumplimiento (conf. CACiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, in re: "Machinandiarena..."; supra citado), lo cierto es que tal postura no puede ser compartida, a poco que se repare en que tan ligera apreciación resulta contraria a la propia esencia del instituto que se recoge y debe entenderse que deviene contraria al espíritu de la norma.

Asimismo, cabe señalar que el consenso dominante sobre la materia, tanto en el derecho comparado como en nuestra doctrina, es el de que las indemnizaciones o daños punitivos únicamente proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el "dolo o la culpa grave" del sancionado, o por la obtención de enriquecimientos derivados del ilícito, o en ciertos casos, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (véase: Trigo Represas, Félix; "La responsabilidad...", ob. cit.; Stiglitz Rubén S. - Pizarro Ramón,

“Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LL, 2009-B, 949).

De otro lado, debe destacarse que, en términos generales, cuando los precedentes se refieren a la existencia de “culpa grave”, se trata de aquella que constituye una falta grosera, esto es, la que consiste en el hecho de no haber tomado una precaución que todo el mundo habría juzgado necesaria. Este tipo de culpa únicamente se configura cuando media una manifiesta y grave despreocupación, identificándose con la voluntad consciente más que con el simple descuido (conf. esta CNCom., esta Sala A, 06.12.07, in re: “Valiña Carlos c/ Mercantil Andina Cía. de Seguros S.A. s/ ordinario”).

Esta postura de que el “daño punitivo” no resulta aplicable en cualquier supuesto, también puede ser observada entre los fundamentos esgrimidos durante el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.361, donde se ha expresado que “con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad” (véase: “Antecedentes Parlamentarios. Ley 26.361. Defensa del Consumidor”, Ed. La Ley, Buenos Aires 2008, pág. 369).

En esa misma dirección, se ha sostenido que “resulta contrario a la esencia del daño punitivo y a más de 200 años de historia, sostener que un abogado está habilitado a pedir y el juez a concederlos ante la simple invocación de que el proveedor no ha cumplido sus obligaciones legales o contractuales” (conf. Cam. Apel. Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial; 04.06.10, in re: “De la Cruz Mariano Ramón c/ Renault Argentina S.A. y otra”; López Herrera, Edgardo; “Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor”, JA 2008-II 1201). Para reconocer “daños punitivos” hace falta, se reitera, el elemento “doloso o la culpa grave”.

Por otro lado, nótese que en el derecho anglosajón se ha exigido para que este resarcimiento proceda, un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador y un particular y significativo proceder que es mucho más que una mera negligencia en la comisión del hecho ilícito (tort), en efecto, deben existir circunstancias agravantes relativas a ese obrar que demuestren temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable o grosera negligencia (conf. Pizarro, Ramón “Derecho ...”; ob. cit. supra, pág. 298).

En los precedentes que han gestado esta figura, se ha admitido su procedencia, por ejemplo,

cuando ha quedado demostrada la existencia de un cálculo de probabilidades de costo-beneficio de parte del autor del ilícito, en torno a que sería más barato indemnizar a los eventuales damnificados, que los gastos necesarios para corregir el mismo (véase: “Grimshaw vs. Ford Motor Company”, 1981, 174 Cal, Rptr 376).

En la jurisprudencia norteamericana, para la aplicación de este tipo de condena en materia de daños causados por productos elaborados se exige para su procedencia que: a) existan fallas acerca de la utilización o riesgos del producto; b) aparezcan fallas de fabricación después de la venta; y/o c) se constaten deficiencias por inadecuados controles de calidad (véase referencia a los fallos “Lipke vs. Celotex Corp.”; “Grimshaw vs. Ford Motor Co.” y “Deemer vs. A. Robins Co.” en Pizarro Ramón, “Derecho...”, ob. supra referida, pág. 326/9).

También se ha señalado como exigencia de su procedencia la “existencia de lesión o daño”, incluso se ha dicho que deberían exigirse daños susceptibles de reparación (patrimoniales y extrapatrimoniales).

En esta línea, se ha señalado que, en principio, este resarcimiento no resultaría aplicable en cuestiones vinculadas con incumplimientos contractuales, aunque, en general, se admite su procedencia excepcional cuando la conducta de la parte que provoca la ruptura contractual va más allá y es acompañada por otro agravio (conf. Pizarro Ramón; “Derecho...”, ob. cit., pág. 301). En nuestro medio, este ámbito está expresamente previsto en el artículo 52 bis de la ley 24.240.

En conclusión, la finalidad perseguida con este tipo de instituto debe apuntar a sancionar al causante de un daño inadmisibles, con eventual proyección social y a hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de esa actividad dañosa, con una finalidad ejemplificadora y disuasoria respecto de su reiteración (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 20.12.11, mi voto, in re: “Razzini Diego c/ Ford Argentina S.A. s/ ordinario” -entre otros-).

iii) Procedencia del “daño punitivo” solicitado en el *sub examine*.

Sobre la base de todo lo hasta aquí expresado, debe concluirse pues, en que la mención que realiza el artículo 52 bis de la Ley 24.240 (reforma introducida por el art. 25 de la Ley 26.361) relativa a la exigencia del “incumplimiento de una obligación legal o contractual” debe ser entendida como una condición necesaria, pero no suficiente, para imponer la condena punitiva, debiendo considerarse

que la misma es de interpretación restrictiva, resultando procedente, únicamente, frente a la existencia de un grave reproche en el accionar del responsable del daño debiendo haberse verificado que el agente dañador ha actuado con “dolo” o “culpa grave”, o con un deliberado designio de anteponer los propios intereses y/o el propio beneficio, manteniéndose indiferente, de modo consciente, frente a los derechos de los clientes o agentes gravemente perjudicados, porque ello, a su vez, le reporta un beneficio mayor que el puntual cumplimiento de sus obligaciones.

Es que, no puede obviarse que la aplicación de la sanción debe presuponer los extremos exigibles de responsabilidad, que apuntan a la clara finalidad de castigar graves inconductas y a prevenir su repetición, a reflejar la desaprobación social frente a esas graves inconductas y proteger el equilibrio del mercado.

El daño punitivo traído a nuestra legislación no puede pues, ser desligado de la necesaria consideración de la naturaleza misma del instituto, dado que es independiente y funcional a la gravedad del hecho, ya que agrava, con todo rigor, la indemnización que ya se haya estimado procedente. Así pues, cabe solo en el debido contexto que justifique concederlo.

Efectuada la conclusión precedente, cabe pasar a analizar si, en la especie, se han verificado las circunstancias excepcionales que autorizan a la fijación del daño punitivo pretendido, esto es, si se ha acreditado la existencia del tipo de conducta que resulta exigible.

En ese marco, debe señalarse nuevamente, que la presente litis tuvo origen en el reclamo del actor por la falta de respuesta y cobertura tras la denuncia y verificación del acaecimiento del riesgo amparado por la póliza (robo/hurto total), cuya procedencia fue decidida frente al incumplimiento del término estipulado en el art. 56 LS para expedirse la aseguradora acerca del derecho de la asegurada, como así también, frente al allanamiento formulado por la compañía al contestar la demanda (v. fs. 56 vta.). Así, una vez producida la prueba pertinente, se concluyó efectivamente, en la responsabilidad de la compañía demandada, quien fue condenada a afrontar el pago de la suma asegurada y la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios irrogados al actor.

Sin embargo, la conducta que generó el incumplimiento de la accionada con respecto a su obligación de expedirse acerca del derecho del asegurado, y eventualmente responder por la verificación del riesgo, no permite asumir, sin más, el designio doloso de perjudicar o la existencia misma de culpa grave o evidente mala fe y, de otro lado, tampoco aparece

demostrada aquí una generalización de esa conducta, de modo que autorice a presumir la indiferencia o el propósito de incumplir, como vía de obtención de un indebido beneficio económico, aspectos éstos que son requeridos para habilitar la procedencia del daño punitivo pretendido.

Con base en lo anteriormente expresado, corresponde hacer lugar al agravio vertido por la compañía demandada sobre el punto y, en consecuencia, se revoca el pronunciamiento apelado en lo que al reconocimiento de esta sanción respecta.

6) La tasa de interés aplicable.

Por último, la accionada cuestionó la tasa de interés dispuesta por la sentenciante, solicitando que los réditos sean calculados al 6% anual desde la producción de los daños y hasta la fecha del presente pronunciamiento.

Es de destacar que, a través de las épocas, los tribunales de justicia han mantenido, con base racional innegable, soluciones fluidas en punto a los intereses aplicables, en relación directa con las variaciones económicas y con fundamento en que las normas constitucionales que tutelan la propiedad (art. 17 CN) y garantizan y protegen el patrimonio tanto del acreedor como del deudor. En esa línea de ideas, la determinación de la tasa de interés es inescindible del fenómeno económico, por lo que los jueces no pueden prescindir de hacerse cargo, de acuerdo a un principio constitucional superior, de la realidad económica y de la degradación monetaria. De ahí que en ciertas ocasiones se haya priorizado la aplicación de la llamada “tasa pasiva” (del voto minoritario de los Dres. Piaggi, Monti y Caviglione Fraga en el plenario “S.A. La Razón” citado supra).

Sin embargo, la interpretación clásica de los arts. 508 y 622 del Cód. Civil, plasmada hoy con el mismo espíritu en los artículos 724, 730, 767 y 768 CCCN, establece el interés como resarcimiento legal del daño sufrido por el acreedor insatisfecho, cuyo perjuicio en los créditos pecuniarios parece obvio que consista en la necesidad del acreedor de abastecerse del equivalente de la prestación incumplida, en el circuito financiero, fuente inequívoca de recursos monetarios. Por eso, en principio, no cabe condenar al acreedor a recibir solamente el fruto de lo que se tiene (vgr. tasa pasiva obtenida con los dineros que depositase), cuando se trata de compensarlo en una medida legal por aquello de lo que en razón del incumplimiento del deudor, no tiene y ha de procurarse del modo explicado.

Ello guarda correspondencia en la obligación correlativa de cumplir de buena fe que le cabe al deudor.

dor condenado, quien en la emergencia de tener que procurarse la cantidad de numerario necesaria por carecer de recursos, lo hará en el llamado “circuito financiero”, con la consecuencia obvia en cuanto a la tasa que abonará. De allí entonces, que parece más justo y equitativo que el acreedor pueda acudir para reparar su privación a idéntica fuente de recursos, sin que resulte necesario obligarlo a justificar que así debió hacerlo. Es que la equivalencia de derechos y obligaciones debe jugar para ambas partes de igual modo, cuando se trata de la vigencia de la justicia conmutativa (véase el voto de los Dres. Míguez, Peirano, Jara-zo Veiras, Butty, Alberti, Rotman, Cuartero, Guerrero, Ramírez y Arecha en el plenario “S.A. La Razón” cita-do supra).

Además, es razonable presumir, de acuerdo con el curso ordinario y natural de las cosas, que el dinero que debió recibir el acreedor, de haberse satisfecho la obligación en tiempo oportuno, pudo ser colocado en el mercado bajo alguna de las modalidades que asumen las operaciones llamadas “activas” y percibir, a cambio de esa colocación, el interés propio de ese tipo de negocios, que no es otro que el que refleja la denominada tasa activa.

Cabe agregar, que incluso carecería de todo andamiaje jurídico un posible argumento en orden a que no resultaría de aplicación en autos el plenario “La Razón”, fundado en que aquél tendría por objeto el incidente de pago de honorarios profesionales. Es que, los fallos plenarios en la previsión de la ley ritual de aplicación, son dictados en el marco de un proceso judicial en particular, obedeciendo al objeto de unificar los criterios disímiles del fuero de que se trate, respecto de una temática determinada, de modo que la obligatoriedad de una doctrina plenaria tenga efectos respecto de las causas pendientes de resolución, trascendiendo el caso en concreto en el cual fue decidida. Dicha interpretación jurisprudencial, emanada de un plenario, resultaba pues de aplicación inmediata y obligatoria, de acuerdo a lo preceptuado por el art. 303 CPCCN.

En el marco descripto pues, estíbase claro que, en el caso bajo análisis, no existen circunstancias fácticas ni jurídicas que justifiquen apartarse de la doctrina plenaria ya referida y utilizada en este fuero (“S.A. La Razón”). En consecuencia, los accesorios deberán liquidarse a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones comunes de descuento a 30 días, sin capitalizar, desde la fecha de mora fijada en la instancia de grado (16.12.17), la cual no fue materia de recurso, y hasta el efectivo pago.

Con base en ello pues, la decisión apelada resulta acorde a derecho, por lo que corresponde desestimar el agravio vertido sobre el particular.

7) La imposición de costas.

Habida cuenta que lo hasta aquí expuesto determina la modificación parcial de la sentencia de grado, tal circunstancia impone adecuar la distribución de costas efectuada en la anterior instancia, debiendo este Tribunal expedirse nuevamente acerca de dicho tópico, en orden a lo previsto por el art. 279 CPCCN.

Pues bien, sabido es que en nuestro sistema procesal los gastos del juicio deben ser satisfechos -como regla- por la parte que ha resultado vencida en aquél. Ello así, en la medida que las costas son en nuestro régimen procesal corolario del vencimiento (arts. 68, 69 y 558 del CPCCN) y se imponen no como una sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido.

La Corte Suprema ha resuelto en reiteradas oportunidades que el art. 68 CPCCN consagra el principio del vencimiento como rector en materia de costas, que encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de la derrota, de modo que quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar la contraria para obtener el reconocimiento de su derecho (CSJN, Fallos, 312:889, entre muchos otros).

Es cierto que ésa es la regla general y que la ley también faculta al Juez a eximir de las costas al vencido, en todo o en parte, siempre que encuentre mérito suficiente para ello (arts. 68 y ss. del CPCCN). Así las cosas, es claro que la imposición de las costas en el orden causado o su eximición -en su caso-, sólo procede en los casos en que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la litis, su resultado o en atención a la conducta de las partes su regulación requiera un apartamiento de la regla general (cfr. Colombo, Carlos - Kiper, Claudio, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, t. I, pág. 491).

En ese contexto, se muestra razonable que, pese a la modificación parcial de la sentencia que se infiere de los considerandos anteriores, las costas sean impuestas a la parte demandada en su condición de parte sustancialmente vencida en la contienda, tal como lo dispusiera la a quo en la instancia anterior.

Ello así, por cuanto comparto el criterio jurisprudencial que propugna, en las acciones de daños y perjuicios, la imposición de costas a la parte que con su proceder dio motivo al pedido resarcitorio, de acuerdo a una apreciación global de la controversia y con independencia que las reclamaciones del perjudica-

do hayan progresado parcialmente con relación a la totalidad de los rubros o montos pretendidos, sin que quepa sujetarse en esta materia a rigurosos cálculos aritméticos (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 02.10.08, in re “Vázquez Daniel Horacio c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ ordinario”; en igual sentido, 06.10.89, in re “Cichelli, José c/ Hilu Hnos. S.A.”; id., 31.03.93, in re “Pantano Ventura c/ España y Río de la Plata Cía. Argentina de Seguros s/ sum.”; id., 08.11.02, in re “Stagno, Carlos Alberto c/ Banco Río de la Plata S.A. s/ ordinario”; id., 16.06.92, in re “Consevik S.A. c/ Ventura, Sebastián”; id. Sala C, 14.02.91, in re “Enrique R. Zenni y Cía. S.A. c/ Madefor S. R. L. y otro s/ ordinario”; id. 22.12.99, in re “Burgueño, Walter Ricardo c/ Banco Mercantil S. A. s/ ordinario”; id. 12.12.03, in re “Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión c/ Torneos y Competencias S.A. s/ ordinario”; id. 30.12.2003, in re “Marcolín Carlos Alberto c/ Resero Sociedad Anónima Industrial, Agropecuaria, Comercial y Financiera s/ ordinario”, entre muchos otros).

Finalmente, teniendo en cuenta el resultado de la apelación deducida, cabe apartarse del principio general e imponer las costas devengadas ante esta Alzada en el orden causado (art. 68, 2° párrafo).

V. Conclusión.

Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo:

a.- Acoger parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Agrosalta Cooperativa de Seguros Limitada y, en consecuencia,

b.- Revocar la sentencia apelada en cuanto a la procedencia de una indemnización en concepto de privación de uso y en lo que respecta a la imposición de una multa en concepto de daño punitivo (art. 52 bis LDC), cuyos rechazos aquí se decide.

c.- Confirmar el fallo apelado en todo lo demás que decide y fue materia de agravio.

d.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 68, 2° párrafo).

He aquí mi voto.

Por análogas razones, el doctor *Chomer* adhiere al voto precedente.

Con lo que terminó este Acuerdo.

VI. Por los fundamentos del Acuerdo precedente, *Resuelve*:

a.- Acoger parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Agrosalta Cooperativa de Seguros Limitada y, en consecuencia,

b.- Revocar la sentencia apelada en cuanto a la procedencia de una indemnización en concepto de privación de uso y en lo que respecta a la imposición de una multa en concepto de daño punitivo (art. 52 bis LDC), cuyos rechazos aquí se decide.

c.- Confirmar el fallo apelado en todo lo demás que decide y fue materia de agravio.

d.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 68, 2° párrafo).

e.- Notifíquese a la Sra. Fiscal General y a las partes y, posteriormente, devuélvase a primera instancia.

El doctor *Kölliker Frers* no interviene en el presente Acuerdo por hallarse en uso de licencia (art.109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

Oportunamente, glósese copia certificada de la presente sentencia al Libro N° 131 de Acuerdos Comerciales-Sala A.

A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará, mediante la pertinente notificación al CIJ. — *María E. Uzal*. — *Héctor O. Chomer*.

RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DEPORTIVAS

Lesiones causadas por un masaje. Relación causal. Procedencia de la demanda contra la masajista y el club.

Con fundamento en la prueba pericial se revoca la sentencia de grado, que desestimó la demanda por inexistencia de relación causal. Considerando que la perita odontóloga admitió, sobre la base de una predisposición de la propia actora, que el masaje (maniobra, sobrecarga por dígito-presión) terminó por ser el causante del “ruido” generado en la articulación temporo-mandibular (ATM), este resultado le debe ser imputado a la masajista a título de culpa (art. 512 Cód. Civil), por lo que esta como el club deberán responder por las consecuencias del daño ocasionado a la actora.

CNCiv., sala M, 28/12/2021. - DC., B. c. Club Gimnasia y Esgrima de Buenos Aires s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/203057/2021]

Expediente N° 87338/2015

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 28 de 2021.

El doctor *González Zurro* dijo:

Sumario

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda de daños promovida por R. B. DC. contra el Club Gimnasia y Esgrima de Buenos Aires (GEBA) y contra María Clotilde Bolf, quien le había efectuado un masaje dentro de la institución deportiva, el que le habría provocado lesiones. El juzgador basó su razonamiento en que la actora no logró acreditar la relación causal (punto V, párrafos 8, 9 y 14; se menciona también al pasar la inexistencia del daño: párrafo 13, al final). El fallo también distribuyó las costas por su orden. Apelaron todas las partes. La actora, por el fondo de la cuestión. Los demandados por las costas.

La responsabilidad

La carta documento dirigida por GEBA a la code mandada María Bolf el 16 de mayo de 2014 y presentada al expediente por el propio club (ver p. 16) configura, a mi entender, el punto central que dirime la cuestión de la responsabilidad por el masaje recibido por la actora. En efecto, la transcripción de sus términos es elocuente:

En mi carácter de apoderado del Club de Gimnasia y Esgrima, me dirijo a usted con el objeto de notificarle que como consecuencia de la lesión de mandíbula sufrida por la socia N° ..., R. B. DC., el día 11/05/2014 a las 14 horas, en ocasión de recibir un masaje corporal por usted brindado en el Spa de la sede San Martín, circunstancia esta corroborada por el servicio médico del club, lo que demuestra a las claras un obrar negligente de su parte en la prestación del servicio que brinda en el espacio por usted locado, se ha decidido resolver el contrato que la liga con la institución, responsabilizándosela además por los perjuicios que se le pudiera ocasionar al club, derivados de esa lesión, En virtud de ello se le informa que deberá abstenerse de prestar el servicio [...].

Del texto derivan varios reconocimientos y consecuencias:

- El vínculo contractual entre el club y la masajista María Bolf.

- La prestación del servicio a la socia R. B. DC.

- La lesión recibida por la socia en ocasión de recibir del masaje.

- La corroboración de la lesión por el servicio médico del club.

- La resolución del contrato por este hecho.

El suceso, en sentido corroborante, quedó registrado en el Libro de Guardia: *DC. R. B., 48, presentó chasquido en ATM izquierda. Posterior a relajación de masaje. No presenta dolor, no desviación...alineación dental total. Se hacen maniobras con mejoría. Paciente a quien envió igual placa de ATM.* Firmado por Dra. Nancy Sánchez Hidalgo, médica (ver folio 93, libro en sobre de documentación reservada; hay constancia anterior en el mismo folio, sin firmar, que dice: “Roxana de Sico presentó mientras se realizaba masaje, chasquido ATM izquierda”).

Según el marco normativo de la ley 24.240 de defensa del consumidor (LDC), sustentado por el juez anterior y que no fuera materia de agravio, considero que estas pruebas documentales referidas son suficientes para responsabilizar al club (conf. arts. 2 y 5 LDC). No solo la institución demandada no probó el caso fortuito (art. 10 bis ley citada) sino que reconoció expresamente que la actora sufrió una lesión en su mandíbula dentro de las instalaciones de GEBA y con motivo de la prestación del servicio de masaje. Por ende, propongo revocar la sentencia en este aspecto.

Aquella carta documento no alcanza, sin embargo, entidad suficiente para responsabilizar automáticamente a la codemandada Bolf, puesto que —más allá de la presunción que genera en su contra, máxime por la corroboración asentada en el Libro de Guardia— es una fuente que proviene solo del club demandado, es decir, unilateral.

El peritaje odontológico es, en este sentido, la prueba fundamental para desentrañar la cuestión. La perita Patricia L. Álvarez dictaminó que la lesión, diagnosticada como “ruido” (chasquido en ATM izquierda) pudo haber sido producida a partir de una maniobra sobre su mandíbula, pero en territorio oro craneal con alteraciones previas ligamentarias e inflamación muscular por bruxismo (p. 251 vta., respuestas a puntos c y d; p. 317, respuesta al punto II, al final, de las explicaciones pedidas por la actora). Manifestó también que las lesiones que presentó la actora “presentan verosimilitud con el evento narrado” aunque hay que tener en cuenta las lesiones crónicas como bruxismo, laxitud de los tejidos y contracturas miofaciales, que predispusieron en un territorio alterado “que este masaje fortuito produjera este tipo de reacción de hipersensibilidad” (p. 253, respuesta al punto n). Luego concluyó que las secuelas de la afección actual de R. DC. “ha sido un minitrauma por sobrecarga sobre una articulación por dígito presión de la misma, la cual como iniciador sobre un territorio con bru-

xismo y laxitud ligamentaria y contractura muscular ha producido el ruido con dolor y parestesias eventuales faciales o alteraciones de ATM sin alteraciones de la oclusión” (p. 255 vta.; respuesta al punto 11; ver también explicación de p. 365, respuesta al punto 7). Frente al punto de pericia de la demandada acerca de si la lesión pudo producirse en fecha anterior a la indicada en la demanda, la respuesta fue negativa, de acuerdo a la documental (p. 256 vta., punto 2 y respuesta; aunque luego matiza la contestación: p. 257, resp. al punto 14 pero igualmente difiere del informe del Dr. Julio Garzón, acompañado por el club en pp. 83/84, al ratificar la perita que lesión puede ser producida por el masaje relatado por la actora, respuesta al punto 15).

Esta prueba pericial me lleva a discrepar con el criterio de la sentencia de grado, que desestimó la demanda por inexistencia de relación causal. En efecto, la perita odontóloga admitió, sobre la base de una predisposición de la propia actora, que el masaje (maniobra, sobrecarga por dígito presión) terminó por ser el causante del “ruido” generado en la articulación temporomandibular (ATM).

De esta manera, a partir del peritaje, tengo por confirmada la presunción brindada por la resolución contractual según CD referida y deberá 278685/2021 considerarse que hubo relación causal entre el antecedente producido por la conducta desplegada por María Clotilde Bolf y su resultado, es decir, el perjuicio sufrido por la actora. Este resultado le debe ser imputado a la masajista a título de culpa (art. 512 Cód. Civil).

Propicio de este modo revocar la sentencia también en este aspecto, por lo que tanto el club como la masajista deberán responder por las consecuencias del daño ocasionado a R. B. DC. La solución precedente conlleva asimismo revocar la distribución de costas dispuesta en la anterior instancia e imponerlas en ambas instancias a las demandadas (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Esta última decisión importa, lógicamente, desestimar los agravios vertidos por las demandadas sobre la cuestión.

Incapacidad psicofísica

Las lesiones a la integridad psicofísica, a la estética y a la vida en relación pueden generar, según la índole de los intereses afectados y de las proyecciones de sus consecuencias:

- a) daño patrimonial,
- b) no patrimonial,
- c) ambos (1).

El daño psíquico debe ser valorado junto con la incapacidad física porque los porcentajes incapacitantes padecidos por el damnificado repercuten en forma unitaria. Esto aconseja que se fije una partida indemnizatoria que abarque ambos aspectos. En rigor, si bien conformarían dos índoles diversas de lesiones, se traducen en el mismo daño, que consiste, en definitiva, en la merma patrimonial que sufre la víctima por la disminución de sus aptitudes para el desempeño de cualquier trabajo o actividad productora de beneficios materiales.

La incapacidad permanente es objeto de indemnización aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada, esto es, al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad psicofísica tiene en sí misma un valor indemnizable (2). Y aunque este último criterio pueda ser cuestionado por autorizada doctrina, se coincide en que la integridad posee, cuanto menos, ese valor económico a título mediato, como medio de alcanzar ventajas (3).

En cuanto a la lesión estética, no representa un rubro que, en principio, deba ser considerado como independiente (4). En realidad la lesión estética provoca intrínsecamente daño a un bien extrapatrimonial: la integridad corporal.

Ahora bien, esa lesión provocará siempre un agravio moral aunque pueda o no provocar un daño patrimonial. Si lo provoca, se tratará de un daño patrimonial indirecto, pues aunque la lesión estética afecta directamente el bien extrapatrimonial de la integridad física de la víctima, indirectamente se traduce en perjuicios o pérdidas patrimoniales que pueden ser tanto daños emergentes (ej., gastos realizados para solventar la curación de las lesiones) o lucro cesante (ej., pérdida de una fuente de trabajo o de ingresos) (5).

Cabe destacar, en coincidencia con la doctrina mayoritaria, que el daño resarcible (arts. 1068 y conc. del Cód. Civil) no se identifica con la sola lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa efecto y el daño resarcible es esto último (6). Tal como recepta ahora con mayor precisión el Cód. Civ. y Com. de la Nación (7). De tal modo que, aunque los conceptos de daño-lesión y daño-consecuencia terminan complementándose, la cuantificación del perjuicio se calibra por los efectos perjudiciales y no por la pura minoración del interés afectado (8).

Desde esta perspectiva, la perita odontóloga Patricia Álvarez aunque admitió un grado leve de incapacidad física, señaló que la lesión no impide desenvol-

verse con normalidad en su vida diaria (p. 254, respuesta al punto z). Tampoco posee lesión estética (p. 254 vta., primera línea y respuesta al punto C1). De manera que no encuentro configurado el supuesto de daño físico resarcible que justifique una indemnización por incapacidad física o por daño estético.

Por el contrario, la perita psicóloga Lic. María Dolores Torreira dictaminó que R. B. DC. tiene una incapacidad psíquica en “grado leve en un rango alto” (p. 383). Explicó que por su posición laboral la actora debe realizar exposiciones ante un auditorio calificado y “siente miedo que deba detenerse por los ruidos que su mandíbula produce”. Ante las explicaciones requeridas estimó esa incapacidad en alrededor del 10%, pero ratificando que es imposible establecer porcentajes con total exactitud (p. 391). Aconsejó que continúe con el tratamiento referido una vez a la semana, durante un año (p. 383).

A fin de determinar el alcance del resarcimiento habré de utilizar la fórmula de valor presente de una renta constante no perpetua. Tomaré en consideración los siguientes parámetros:

a) Ingreso mensual al momento del hecho. Al no estar acreditados, tomaré el salario mínimo vital y móvil fijado en \$3.600 mensuales a dicho tiempo (conf. Res. 4/2013 del CNEP y SMVyM).

b) Edad de la víctima al mismo momento, esto es, 48 años (nació el 28/12/1965, ver pp. 246 y 380).

c) Porcentaje de incapacidad psicológica determinada por la experta Torreira.

d) Esperanza de vida para la actora (9).

e) Tasa de descuento que estimo en el 4% anual.

Con estos elementos puede determinarse un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud de la persona damnificada para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades (conf. artículo 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación). A este valor se le incluirá una suma prudencial por las posibles variaciones en sus ingresos a lo largo del resto de su vida laboral y por las tareas económicamente valorables, aunque no remunerativas (conf. art. 165 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Esta cuantificación conforma una pauta indicativa para estimar el monto del resarcimiento.

En base a ello, y en uso de las facultades conferidas por el art. 165 del Código Procesal, propongo fijar por incapacidad psíquica y tratamiento la suma de \$80.000 a la fecha del hecho.

Daño moral

El daño moral es una lesión a intereses extrapatrimoniales tutelados por la ley. Lo difícil de su valoración no significa que el dolor y las aflicciones sean insusceptibles de apreciación económica. En tal caso, la indemnización monetaria cumple una función reparadora o de satisfacción, que encuentra ahora fundamento legal en el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación: El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas. Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar, reparar el padecimiento mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etcétera, que le permitan a la víctima, como lo decidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “obtener satisfacción, (9) INDEC Tablas de esperanza de vida goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales (10)”.

A fin de evaluar este reclamo tengo en cuenta las características del hecho, las lesiones y molestia ocasionadas, y las condiciones personales de la víctima, quien contaba con 48 años al momento del hecho, soltera, con estudios universitarios de administración de empresas y trabajo en un puesto jerárquico para YPF (ver pp. 246, 380 y 380 vta.).

Así, en uso de las facultades conferidas por el art. 165 del Cód. Procesal, y en consideración del monto reclamado en la demanda, postulo al acuerdo fijar la suma de \$50.000 a la fecha del hecho.

Gastos médicos

De acuerdo al art. 1746 del Cód. Civ. y Com. de la Nación —que tomo como pauta interpretativa pues no hace más que reflejar normativamente el criterio jurisprudencial dominante (11)— se presumen los gastos médicos y farmacéuticos que resultan razonables en función de la índole de las lesiones. A su vez, también se admiten dichos gastos aun cuando la asistencia se brinde por intermedio de obras sociales o empresas de medicina prepagas, porque de ordinarios los pacientes deben hacerse cargo de ciertas prestaciones no amparadas por esos servicios (12). Idénticas consideraciones cabe efectuar con relación a los gastos de traslados.

En atención a las lesiones sufridas, y numerosas constancias médicas acompañadas, en uso de las facultades conferidas por el art. 165 del Cód. Procesal, propongo fijar la suma de \$20.000 al momento del hecho.

Intereses

Al estar fijados a valores históricos, propongo que las sumas establecidas lleven la tasa activa según plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en “Samudio de Martínez Ladislaa c. Transporte 270 SA”, del 20/04/2009, desde la fecha del hecho y hasta su efectivo pago.

Síntesis

En definitiva, si mi distinguida colega me acompaña, propongo revocar la sentencia apelada y admitir la demanda promovida por R. B. DC., por la suma de \$150.000, más los intereses a liquidar conforme lo establecido en el punto anterior, con costas de ambas instancias a cargo de las demandadas.

La doctora *Benavente* adhiere por análogas consideraciones al voto precedente. Se deja constancia de que la Vocalía N° 37 se encuentra vacante.

Visto lo deliberado y las conclusiones establecidas en el acuerdo precedente, el Tribunal *resuelve*: 1. Revocar la sentencia apelada y admitir la demanda promovida por R. B. DC., por la suma de \$150.000, más intereses desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago a tasa activa según plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en “Samudio de Martínez Ladislaa c. Transporte 270 SA”, del 20/04/2009. 2. Con costas de ambas instancias a cargo de las demandadas. 3. En atención a la forma en que se resuelve que modifica la base regulatoria, se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia de primera instancia (conf. art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y art. 30, segundo párrafo de la ley 27.423) y en consecuencia, se procede a adecuarlas de conformidad a la normativa mencionada La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció respecto de la aplicación temporal de la ley 27.423, en “Establecimiento Las Marías SACIFA c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa”, (13) de modo coincidente con lo decidido por la mayoría del tribunal (14). Desde esa perspectiva, el nuevo régimen legal no resulta aplicable a los procesos fenecidos o en trámite, en lo que respecta a la labor desarrollada durante la etapa concluida durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432, o que hubieran tenido principio de ejecución. Por eso, resultan de aplicación las pautas establecidas en las leyes 21.839 (y su modificatoria ley 24.432) y 27.423 según sea, respectivamente, el tiempo en que fueron realizados los trabajos como así también las etapas comprendidas que serán detalladas a continuación. Se tendrá en consideración respecto de las labores desarrolladas en las primeras dos etapas, la naturaleza del asunto, el mérito, la calidad, la eficacia y la extensión de la tarea desarrollada, monto económico comprometido, etapas

cumplidas y pautas legales de los arts. 6, 7, 9, 19, 37, 38 y cc. de la ley N° 21.839 T. o. 24.432. Para el conocimiento de las llevadas a cabo en la tercera etapa, se considerará el monto del asunto conforme las pautas del art. 22, el valor, motivo, extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada; la complejidad; la responsabilidad que de las particularidades del caso pudiera derivarse para los profesionales; el resultado obtenido; la trascendencia económica y moral que para la interesada revista la cuestión en debate y de la resolución a que se llegare para futuros casos; y pautas legales de los artículos 1, 3, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 29, 51, 54, 58 y c.c. de la ley 27.423. En cuanto a las auxiliares de justicia, se valorará la naturaleza del informe realizado, la calidad, la importancia, la complejidad, la extensión y su mérito técnico-científico y la proporcionalidad que deben guardar estos honorarios con relación a los de los abogados actuantes en el juicio (cf. art. 478 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Respecto de la consultora técnica, no es asimilable su asesoramiento, al dictamen de las peritas, por lo cual sus honorarios deben ser proporcionalmente menores aunque nunca en desmedro de su calificación profesional y de la complejidad de sus tareas, evaluadas también conforme a su calidad, extensión y mérito científico implicados (15). En consecuencia, se regulan los honorarios de la Dra. Claudia Silvana Lucía Manzino, patrocinante de la accionante, por las primeras dos etapas en la suma de \$... y por la labor en la tercera, la cantidad de ... UMA equivalente a la suma de \$...; y por el incidente de caducidad de instancia resuelto el 30/08/2019, se fija la cantidad de ...UMA equivalente a la suma de \$.... Los honorarios del Dr. Carlos Alberto Sasso, por su actuación como apoderado de la demandada GEBA, se regulan en la suma de \$... por las primeras dos etapas y la cantidad de ...UMA equivalente a la suma de \$..., por la tercera. A la Dra. Isabel Dolores Rajoy, por su labor como patrocinante de la demandada Bolf, por las primeras dos etapas la suma de \$... y la cantidad de ...UMA equivalente a la suma de \$... por la tercera; y por el incidente de caducidad de instancia resuelto el 30/08/2019, se fija la cantidad de ... UMA equivalente a la suma de \$... En lo que hace a las auxiliares de justicia, se fijan los honorarios de la odontóloga Patricia Liliana Álvarez y los de la psicóloga Lic. María Dolores Torreira, en la suma de \$... para cada una. Los honorarios de la consultora técnica Alejandra Ana Silvestre, se regulan en la suma de \$... Con respecto a los honorarios de la mediadora María Alejandra Cortinas, se considerará el monto económico comprometido y pautas del Decreto Reglamentario 2536/2015 (art. 1 y 2, anexo I y art. 2, incs. “e” del Anexo III), razón por la cual se regulan en la suma de \$... Por los trabajos realizados en esta instancia, se regulan los honorarios de la Dra. Claudia Silvana Lucía Manzino en la cantidad de ...UMA equivalente a la suma de \$... por el principal y la cantidad de ... UMA equivalente a la suma de \$... por la reso-

lución del 13/11/2019. Los honorarios del Dr. Carlos Alberto Sasso, en la cantidad de ...UMA equivalente a la suma de \$...; y los de la Dra. Isabel Dolores Rajoy, en la cantidad de ... UMA equivalente a la suma de \$... por el principal y la cantidad de ...UMA equivalente a la suma de \$... por los trabajos que culminaron con la resolución del 13/11/2019 (conf. art. 30 de la ley 27.423). La equivalencia de la unidad de medida arancelaria (UMA) que se expresó es la establecida en la Ac. 28/2021 CSJN. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Guillermo D. González Zurro*. — *María I. Benavente*.

(1) PIZARRO-VALLESPINOS, “Instituciones de Derecho Privado”, Hammurabi, T. 4, p. 293, con adhesión de Bueres, Zavala de González, Lorenzetti, López Mesa, Casiello

(2) CSJN, del 10/08/2017, “Ontiveros, Stella M. c. Prevención ART”, consid. 7; Galdós, Jorge Mario, en Lorenzetti, Ricardo (Dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal Culzoni, T. VIII, pp. 524-525, coment. art. 1746; art. 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

(3) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, con la colaboración de Rodolfo González Zavala, Alveroni, 2016, T. II, p. 549; ver también art. 1739 del Cód. Civ. y Com. de la Nación: “perjuicio indirecto”

(4) CNCiv., Sala E, del 15/05/2015, “R., S. D. c. P., D. G. s/ daños y perjuicios”, voto del Dr. Racimo, publicado en RCyS 2015-IX-185, cita online: AR/JUR/20183/2015.

(5) KEMELMAJER de CARLUCCI, en Belluscio-Zannoni, “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, T. 5, p. 222; CNCiv., Sala E, voto del Dr. Racimo cit.

(6) PIZARRO-VALLESPINOS, Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T. 2, p. 639/640 y doctrina y jurisprudencia citadas.

(7) Arts. 1738 y 1741 “Código Civil y Comercial de la Nación”; PIZARRO-VALLESPINOS, Tratado de la responsabilidad civil, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, T. I, p. 132.

(8) PIZARRO-VALLESPINOS, “Tratado de la responsabilidad civil”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, T. I, p. 133.

(9) INDEC Tablas de esperanza de vida

(10) LORENZETTI, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación”, Editorial Rubinzal-Culzoni, T. VIII, p. 1741, III. 4, y su cita: CSJN, 04/12/2011, “Baeza, Silvia O. c. Provincia de Buenos Aires y otros”; y JUÁREZ FERRER, Martín, “El derecho constitucional a la reparación integral”, Editorial Hammurabi, p. 233

(11) CNCiv. esta Sala, “Rossini, L. c. La Nueva Metropól s/ daños y perjuicios”, del 14/09/2018; íd., Sala A, “Romero Selva del C. c. Montesnic SRL s/ daños y perjuicios” del 11/12/1997; íd. Sala G, en Revista Jurídica LA LEY, 1993-E, pp. 228/230

(12) CNCiv., Sala “A”, “Romero, Selva del C. c. Montesnic SRL s/ daños y perjuicios”, del 11/12/1997; esta Sala en “Ramírez, Ruth S. c. Pradella, Franco N. y otro s/ daños y perjuicios”, del 07/04/2021.

(13) Fallos: 341:1063

(14) CNCiv., esta Sala, “Grosso, Citrano J. c. Greco, Matías E. y otro s/ daños y perjuicios”, expte. N° 34.058/13, del 30/05/2018.

(15) PEYRANO, Jorge W., “El proceso atípico”, Bs. As. 1993 p. 147; CNCiv., Sala H, N° 168.726; CFed. Civ. y Com., Sala 2, del 30/03/2009, entre muchos otros.

CONTRATOS DE OBRA

Daños derivados de la construcción de una vivienda. Albañil que sufrió una fractura de tobillo al caer de un andamio. Inexistencia de relación laboral. Inaplicabilidad de la normativa laboral. Negligencia en el cuidado de las cosas para realizar la actividad. Rechazo de la pretensión indemnizatoria.

1. — Se debe confirmar la sentencia de Cámara, pues el actor y los otros albañiles se obligaron en carácter de cuentapropistas y no existió entre las partes una relación de empleo que involucre la aplicación de la normativa laboral; la responsabilidad imputada al actor debía regirse por las normas del contrato de locación de obra, no debiendo responder el dueño por la imprudencia o negligencia del locador o por el riesgo propio de la actividad para la cual había sido contratado y sobre la que tiene conocimientos específicos.
2. — Si bien el dueño de la obra genera y se aprovecha de la actividad es el profesional quien tiene los medios de supervisión y vigilancia de la actividad para su realización, por lo que no puede endilgársele al locatario responsabilidad objetiva por los daños sufridos por el locador —albañil—.

3. — Se imputa al locador —albañil— los daños que él mismo sufre aún por los hechos de las cosas de propiedad del dueño, posición que se funda en la idea que el locador es un profesional que debe conocer las cosas sobre las que actúa y, por ello, está en mejores condiciones de prevenir el daño, y por el contrario, el locatario —dueño de la obra— habitualmente no conoce los riesgos y los vicios que presentan tales elementos, además, el locador tiene la cosa bajo su control, ya que es depositario de ella, de modo que no puede afirmarse que pese sobre el propietario un deber de cuidado sobre una cosa que no controla.
4. — Aún colocándonos en la posición más favorable al recurrente y se presume la propiedad del andamio en cabeza del demandado y se considere que pueda ser —en abstracto— una cosa riesgosa no ha sido la intervención de ésta la causa del hecho dañoso, sino la mala maniobra del tablón por parte del propio dañado que actuó irresponsable y negligentemente, hecho que interrumpe el nexo de causalidad (arts. 1113, 1111, Cód. Civil; arts. 1729, 1758, 1759, Cód. Civ. y Com.).
5. — La realidad social nos muestra que numerosas obras y servicios —usualmente de carácter doméstico y de menor relevancia económica— son contratados con artesanos, albañiles, pintores, electricistas u otras personas que no cuentan con una organización empresarial más o menos significativa. Incluso, no siempre están inscriptos en el régimen del monotributo. Por ello no parece justo establecer un distingo en punto a la responsabilidad del comitente según el modo en que esté organizada la actividad del prestador de la obra o servicio, lo cual por lo demás lo obligaría a efectuar una previa comprobación de esos extremos, que no siempre son de fácil apreciación. Piénsese en una persona contratada para reparar una medianera, podar un árbol o impermeabilizar un techo, actividades donde la contratación de una persona humana o jurídica, organizada como empresa, no es lo usual.

ST Corrientes, 14/03/2022. - Barrios, Claudio Daniel c. Bernabeu, José s/daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/24456/2022]

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se imponen a la recurrente.

Expediente N° EXP - 127934/16

Corrientes, marzo 14 de 2022.

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar en autos?

A la cuestión planteada el doctor *Semhan* dijo:

I. A fs. 331/337 vta., la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial —Sala II— de esta ciudad, rechazó el recurso de apelación deducido por la parte actora y consecuentemente, confirmó en todas sus partes el pronunciamiento de grado que repelió la demanda e impuso costas al vencido.

Para así decidir, reseñó que Claudio Daniel Barrios había promovido demanda de daños y perjuicios contra José Bernabeu como propietario de la obra en construcción donde ocurrió el accidente. Barrios, de profesión albañil, celebró un contrato verbal con Bernabeu para la terminación de una vivienda. Junto con otros albañiles, en el momento que realizaban el armado de un andamio de tres módulos se da vuelta un tablón y Barrios cae de una altura aproximada de 2.50 mts., es trasladado al hospital donde diagnosticaron fractura a la altura del tobillo del lado izquierdo debiendo someterse a una intervención quirúrgica, a sesiones de kinesiología, todo lo cual implicó disminución de sus ingresos y lucro cesante al no poder desplegar sus labores. Entendió que es el propietario quien responde por los daños causados pues desarrollaba la actividad en un andamio sin las medidas de seguridad adecuadas y dicha responsabilidad surge del art. 1758 Cód. Civil y el art. 65 de la LCT reclamando indemnización por lucro cesante, daños físicos, gastos de tratamiento, movilidad, daño psicológico y daño moral.

Bernabeu contestó demanda, reconoció la caída de Barrios en tales circunstancias pero negó que deba responder civilmente por tal hecho. El juez dictó sentencia rechazando la demanda.

La Cámara coincidió con su *a quo* en el enfoque jurídico dado al caso, que Barrios y los otros albañiles se obligaron en carácter de cuentapropistas y no existió entre las partes una relación de empleo que involucre la aplicación de la normativa laboral; la responsabilidad imputada al actor debía regirse por las normas del contrato de locación de obra, no debiendo responder el dueño por la imprudencia o negligencia del locador o por el riesgo propio de la actividad para la cual había sido contratado y sobre la que tiene conocimientos específicos; en ese sentido citó jurisprudencia.

Tampoco —dijo la Cámara— podía endilgarse responsabilidad por falta de provisión de medidas de seguridad dado que no se trató de una relación de em-

pleo que pusiera en cabeza del empleador brindar tales elementos no surgiendo prueba de que la utilización de ellos hubieran evitado la caída, a tenor de lo expresado por el propio actor.

II. Disconforme, la parte actora interpuso a fs. 342/351 vta. el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley en examen.

Expresa que el recurso deviene procedente en los términos del art. 278 incs. 1, 2, 3 y enuncia como agravios diversos tópicos no considerados por la Cámara, tales los relacionados a la responsabilidad que le cabe al propietario como director de la obra, la obligación de prever los riesgos de infortunios, la falta de cumplimiento del Código de Edificación y las medidas de control y vigilancia como dador del trabajo, que la no existencia de relación de empleo no exime al propietario de la obra asumir las responsabilidades derivadas de sus decisiones y, la debilidad económica y social del actor.

Añade que se tuvo por acreditada las circunstancias del accidente, es decir que la lesión sufrida por el actor fue causada por la caída del andamio al momento de encontrarse trabajando el albañil, de lo cual resulta lógico y adecuado tener por probada la relación de causalidad entre el evento dañoso y la conducta que desplegara quien fuera contratado por el accionado como encargado de la obra a realizar; indica, en apoyo de su posición una reciente jurisprudencia del Superior Tribunal que, dadas las similitudes, lo tornaría aplicable.

Considera como prueba irrefutable los testimonios vertidos, aduciendo que fueron ignorados por la Cámara.

Agrega que el fallo resulta arbitrario al omitir considerar circunstancias fácticas acreditadas llegando a una conclusión que afecta a su derecho; la responsabilidad civil del demandado surge del art. 1113 del Cód. Civil como dueño o guardián de la cosa; no se acreditó, como erróneamente consigna la Alzada, la culpa de la víctima como factor de exoneración de responsabilidad.

Finaliza diciendo que de haber utilizado —Barrios— algún elemento de seguridad el accidente no se hubiera producido teniendo en cuenta que desarrollaba una actividad riesgosa más el modo en que se desarrollaron las tareas, sin la utilización de esos elementos, tornaron extremadamente riesgosa la actividad.

III. El recurso fue deducido dentro del plazo, contra una sentencia definitiva, el recurrente se encuentra exento de la carga del depósito económico por tener

otorgada la franquicia de litigar sin gastos; más por las razones que serán expuestas el mismo carece aptitud para habilitar la instancia extraordinaria.

IV. En primer lugar, advierto que al exponer las quejas por las que se aduce que el pronunciamiento de la Alzada incurre en la falta de consideración del rol demandado como director de la obra, el recurrente desatiende los fundamentos del Tribunal *a quo* para limitarse a reproducir los agravios que portaba su memorial de la apelación ordinaria (vide fs. 303 y vta.), que fueron considerados y respondidos por los iudex *a quo*, sin agregar nada nuevo y sin efectuar crítica razonada y concreta de todas las motivaciones suficientes para sustentar la decisión de la Cámara. Razón por la cual lejos de demostrar absurdo o errónea aplicación de la ley, deduce un recurso no apto para habilitar la instancia recursiva. (conf. STJ de Ctes. en “Regalado, Diego O.; Regalado, Erminio R. y Gómez, Lucía c. Policía de la Provincia de Ctes. y/o Estado de la Provincia de Ctes. s/ daños y perjuicios”, sentencia del 04/10/2013; “Florentin, Rosa c. Martin Daniel González s/ interdicto de recobrar-sumarísimo-”, sentencia N° 22 del 12/04/2016; “Andres SA c. Multiserv SRL y Escribano Público Armando D’ambrosio s/ Acción de Nulidad y Redargución de Falsedad”, sentencia N° 77 del 18/09/2017, “Yancovich, Juan E. c. Tassano, Nelson L. s/ proceso ejecutivo” sentencia N° 34 del 26/05/2020, entre otros).

V. Además, basta una lectura del fallo recurrido para observar que no prescindió tratar el argumento referido en el párrafo anterior y que reitera en esta instancia. En efecto, la Cámara dijo: “... teniendo en cuenta que el actor convino en su calidad de albañil cuentapropista e independiente la realización de obras, en virtud de la locación de obra convenida entre las partes, consideró la “*a quo*” que se imputan al actor los daños sufridos por éste...”; “...los argumentos que esgrime la apelante respecto de que Bernabeu era el director de obra tampoco se sostienen si se considera que quienes contaban con la expertiz para la realización de los trabajos eran los albañiles, locadores de obra que habían prometido el resultado al dueño de la obra.

Por ende, no cabe atribuir responsabilidad al dueño en tal carácter, menos aún si se considera que, conforme lo mencionado por el actor en su declaración de parte, el demandado no se encontraba en el lugar al momento del accidente.” (fs. 335, 335 vta., 336, 336 vta.).

Así, se imputa al locador —albañil— los daños que él mismo sufre aún por los hechos de las cosas de propiedad del dueño, posición que se funda en la idea que el locador es un profesional que debe conocer las cosas sobre las que actúa y, por ello, está en me-

jores condiciones de prevenir el daño, y por el contrario, el locatario —dueño de la obra— habitualmente no conoce los riesgos y los vicios que presentan tales elementos, además, el locador tiene la cosa bajo su control, ya que es depositario de ella, de modo que no puede afirmarse que pese sobre el propietario un deber de cuidado sobre una cosa que no controla (conf. Lorenzetti, Ricardo L., “Tratado de los Contratos”, Rubinzal-Culzoni, 2004, 2ª ed. ampliada y actualizada, T. II, p. 762); en el mismo sentido si bien el dueño de la obra genera y se aprovecha de la actividad es el profesional quien tiene los medios de supervisión y vigilancia de la actividad para su realización, por lo que no puede endilgarse al locatario responsabilidad objetiva por los daños sufridos por el locador —albañil— (conf. Marquez, José Fernando, “La atribución de riesgos en el contrato de obra. Daños a la persona del empresario”, LA LEY, 2012-D, 267); de ahí que la jurisprudencia se expidió en ese sentido, decidiendo que no se aplica el art. 1113 del Cod. Civ. al configurarse un supuesto de responsabilidad contractual —locación de obra— entendiendo como riesgo o vicio de la cosa aquel que exceda el asumido voluntariamente, o sea, no el propio de la obra cuya locación se encomendara (C. Apel. Concepción del Uruguay, sala civil y com., “Leiva, Alberto E. c. Gioioso, Félix”, 04/05/2001, LA LEY Litoral 2002, 983), igualmente, siendo el locador un experto y si la obra se corresponde con el oficio de la víctima el daño producido por el accidente se debió exclusivamente a la negligencia en el cuidado de las cosas utilizadas para ese menester o su omisión de precaverse del propio riesgo inherente a la actividad (CNCiv., sala A, “Vallejos, Gregorio c. La Favorita”, 30/05/1997, LA LEY 1997-D, 348).

De allí que la aseveración de que debía condenarse al dueño de la obra resulta ser insuficiente, solo traduce una opinión personal que no demuestra el yerro in iudicando o de lógica en la motivación del pronunciamiento impugnado traduciendo una mera discrepancia con el criterio del juzgador.

VI. Por otra parte, tampoco desatendió la cuestión vinculada a la problemática de la debilidad económica y social del actor.

Es que, constituye cuestión vinculada al tema abordado la necesidad o no de determinar si el locador de obra es un profesional, organizado empresarialmente o si se trata de un artesano o experto, carente de esos atributos, para luego verificar si ello tiene incidencia en la responsabilidad de las partes, particularmente del comitente.

La realidad social nos muestra que numerosas obras y servicios —usualmente de carácter doméstico y de menor relevancia económica— son contratados con artesanos, albañiles, pintores, electricistas u otras per-

sonas que no cuentan con una organización empresarial más o menos significativa. Incluso, no siempre están inscriptos en el régimen del monotributo. Por ello no parece justo establecer un distingo en punto a la responsabilidad del comitente según el modo en que esté organizada la actividad del prestador de la obra o servicio, lo cual por lo demás lo obligaría a efectuar una previa comprobación de esos extremos, que no siempre son de fácil apreciación. Piénsese en una persona contratada para reparar una medianera, podar un árbol o impermeabilizar un techo, actividades donde la contratación de una persona humana o jurídica, organizada como empresa, no es lo usual.

Tampoco la calidad o condición de “profesional” del locador de obra o servicios constituye un dato dirimente a la hora de juzgar la responsabilidad del comitente por los daños sufridos por aquel. Salvo las actividades que se encuentran legal o administrativamente requeridas de una determinada habilitación profesional, en los demás casos será suficiente que se hayan recurrido a los servicios de una persona que se presume idónea para realizar la obra o el servicio encomendados (conf. Pita, Enrique M.: Contrato de obra: Responsabilidad del comitente por los daños a la persona del empresario. LA LEY, Litoral 2021, 18/06/2021, 6TR LA LEY AR/DOC/855/2021).

La jurisprudencia y la doctrina han expresado que, para concluir en la asunción de los riesgos de su actividad por el locatario, no es imprescindible que la empresa del locador sea de magnitud y constituye por ello una idea equivocada creer que sólo existe contrato de empresa cuando quien asume el riesgo pone en acción una organización de relativa importancia económica e industrial, pues el artesano que organiza los factores de la producción con el empleo prevaeciente de su trabajo personal (o aun reduciéndose todo a su única o exclusiva labor) es un empresario. Este llamado “pequeño empresario”, o artesano, organiza esos factores de la producción (naturaleza, capital y trabajo) y promete obtener a su exclusivo riesgo un resultado como condición necesaria para tener derecho a la contraprestación. De ahí que, no obstante que se esté ante un modesto empresario y a pesar de que su empresa ni siquiera cuente con un asiento determinado de la organización económica que ha creado, no cabe negar que asume la condición del locador de obra (Spota, “Tratado de la Locación de Obra”, t. III-80, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, “Toranzo, Marcos O. c. Kolman, Raúl y otra”, 03/11/2006, RCyS 2007, 910). Así se ha considerado que media locación de obra, y por ende no es responsable el locatario por los daños sufridos por el locador, tratándose de quien realiza trabajos —cangas— de bañilería y pintura (CNCiv., sala B, “Caseres, Francisco c. Calderaro, Pablo R. y otro”, 04/05/2005, LA LEY 2006-A, 380) o el techista que ofrece tareas de mantenimiento o repa-

raciones (CNCiv., sala A, “Vallejos, Gregorio c. La Favorita”, 30/05/1997, LA LEY 1997-D, 348).

VII. En referencia a las circunstancias del accidente que el recurrente atribuye la caída del andamio la Cámara dijo: “...expresó Barrios que ellos armaron el andamio, los tensores que van atornillados y quedan seguros, lo que se dio vuelta fue el tablón, que al alzar el tablón, se da vuelta y lo echa, ganándole el peso del mismo (ver respuestas a pregunta 13 y 14). En respuestas a la pregunta 13 dice el actor “Nosotros armamos el andamio y seguridad en todos los tensores que van atornillados y quedan seguros, lo que se dio vuelta es el tablón” y en la respuesta a la pregunta 14 amplía “lo que pasa es que es pesado el tablón, pensé que íbamos a llegar a alzar todo pero nos ganó el peso por eso se da vuelta el tablón y me echa”. Y esta declaración es conteste con lo manifestado en sede policial por parte de Barrios, al expresar en su exposición que tras una mala maniobra el tablón se da vueltas y produce la caída (ver exposición policial de 27/04/2015). Vale decir que, no estamos aquí en presencia de un andamio armado de manera defectuosa que involucre la responsabilidad de dueño. El propio actor en su declaración afirma que el accidente no se debió a defecto del andamio, ya que lo armaron ellos el día anterior y quedó seguro. Menciona como causa de su caída que un tablón se dio vuelta y lo echa, atribuyendo al peso del tablón la causa del accidente y afirmando que existió una mala maniobra...” (fs. 336).

Y concluyó: “Por ello, aun cuando se presuma la propiedad del andamio en cabeza de Bernabeu, y se considere en abstracto que el mismo pueda ser una cosa riesgosa, no ha sido la intervención de la cosa riesgosa la causa del hecho dañoso —ya que no fue el uso del andamio lo que ocasionó la caída—, sino la mala maniobra de un tablón por parte del propio dañado. Se advierte entonces que el accidente no se produjo por el riesgo o vicio de la cosa sino por la acción del hombre actuando irresponsable y negligentemente sobre la misma (art. 1109 Cód. Civil)” (fs. 336). Fundamento decisivo que no fue rebatido argumentadamente, por lo que arriba firme a esta instancia extraordinaria.

VIII. Respecto a la Sentencia N° 7/2021 dictada por el Superior Tribunal en “Ortega Roxana Lidia por sí y en nombre y representación de sus hijos menores y Mariana Blen Benitez c. Supermercado Parada Canga SA, Adolfo Ernesto Barbero y Ana Lía Estchepare de Barbero s/ daños y perjuicios”, citada en apoyo de la posición que postula, cabe resaltar que el recurrente debe —como carga— precisar la plataforma fáctica y jurídica comparándolo con el caso a resolver que lo torne aplicable, en autos ello no aconteció.

IX. Los agravios relativos a la prueba testimonial tampoco han de proceder pues el quejoso no ha lo-

grado demostrar la existencia de un vicio extremo que autorice a descalificar la sentencia como acto jurisdiccional.

Por el contrario, los iudex *a quo* al apreciar prueba (vide fs. 336) señalaron que fueron decisivas las declaraciones efectuadas por el actor, donde menciona las circunstancias en que se produjo el hecho motivo del reclamo y, que esas manifestaciones fueron contestes con lo manifestado en sede policial por parte de Barrios al expresar en su exposición que tras una mala maniobra el tablón se da vueltas y produce la caída.

Recuérdese que los magistrados no están obligados a analizar todos y cada uno de los elementos de juicio agregados al proceso (CSJN, fallos del 29/06/2004 en “M., H. H. c. H., M. C.”; 251:244; 248:28, 385 y 544; 266:178; 272:225, entre muchos otros), salvo que la prueba fuera decisiva para la solución del pleito (CSJN, fallos 24/11/1998 “F., de A. S. M. c. Sanatorio Parque y otros”, LA LEY, 1999-B, 256; 23/11/1995 “Bustamante, Felisa L. c. Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles”, LA LEY, 1996-C, 219, ED 168-732, N° 2074; 243:500; 254:600; 301:1194; 303:2080; 304:1097; 314:715; 318:419; 868:884, entre muchos otros).

Supuesto que no es el de autos porque las declaraciones testimoniales no modifican el resultado arribado al asunto, esto es, que la mala maniobra de Barrios produjo su caída, conforme su declaración.

X. A su vez, aún colocándonos en la posición más favorable al recurrente y se presuma la propiedad del andamio en cabeza de Bernabeu y se considere que pueda ser —en abstracto— una cosa riesgosa no ha sido la intervención de ésta la causa del hecho dañoso, sino la mala maniobra del tablón por parte del propio dañado que actuó irresponsable y negligentemente (vide fs. 336, 3° párrafo), circunstancia reconocida por la propia declaración del actor como se consignara precedentemente, hecho que interrumpe el nexo de causalidad. (1113, 1111 Cód. Civil; art. 1729, 1758, 1759 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

XI. Cabe una vez más recordar que la arbitrariedad o el absurdo como presupuesto que habilita el control de la valoración de los hechos en casación, no solo debe ser alegada sino también probada por la parte que la invoca. Se debe mostrar en forma acabada que lo resuelto por el *a quo*, escapa a las leyes de la lógica y del buen entendimiento o que resulta imposible o inconcebible a la luz de la razón, por constituir un desvío notorio y una grosera desviación interpretativa que demuestra que la sentencia impugnada no constituye una conclusión razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

XII. Por todo ello y si este voto resultase compartido con la mayoría necesaria de mis pares corresponderá, sin más, rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley interpuesto a fs. 342/351 vta., con costas a la parte recurrente. Regular los honorarios profesionales conjuntos de las abogadas del actor, doctoras Ana María Pando, en calidad de responsable inscripta y Verónica Salvi Pando, como monotributista, en el 30% de lo que se regule en primera instancia (art. 14 ley 5822). Correspondiendo adicionar a los aranceles de la doctora Pando el 21% que deba tributar en concepto de IVA.

El doctor *Niz* dijo:

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

El doctor *Vázquez* dijo:

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

El doctor *Panseri* dijo:

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

El doctor *Chain* dijo:

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

En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente sentencia: 1°) Rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley interpuesto a fs. 342/351 vta., con costas a la parte recurrente. 2°) Regular los honorarios profesionales conjuntos de las abogadas del actor, doctoras Ana María Pando, en calidad de responsable inscripta y Verónica Salvi Pando, como monotributista, en el 30% de lo que se regule en primera instancia (art. 14 ley 5822). Correspondiendo adicionar a los aranceles de la doctora Pando el 21% que deba tributar en concepto de IVA. 3°) Insértese y notifíquese. — *Luis E. R. Vázquez*. — *Guillermo H. Semhan*. — *Fernando A. Niz*. — *Eduardo G. Panseri*. — *Alejandro A. Chain*.

COMPETENCIA EN EL CONTRATO DE SEGURO

Determinación según lo establecido en la póliza. Condiciones particulares y específicas.

De la póliza de seguros suscripta por las partes se desprende que “Este seguro estará sujeto a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales de

la República Argentina correspondientes al domicilio del Asegurado, salvo que se disponga expresamente lo contrario”. Y que, dicha cláusula deviene de aplicación en función de cuanto emerge de la pauta interpretativa del art. 1° del Anexo I: Condiciones Generales, en cuanto dispone que “...Las Condiciones Particulares Específicas y demás cláusulas adheridas que se puedan incorporar a la póliza, priman sobre las Condiciones Particulares y sobre las Generales”.

CNCom., sala F, 25/02/2022. - Alfa Laval SA c. Sancor Cooperativa de Seguros Ltda. s/ ordinario..

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/13478/2022]

COSTAS

Se imponen a la vencida.

Expte. n° COM 008182/2020/CA001

Buenos Aires, 25 de febrero de 2022.

1. Viene apelado el pronunciamiento fechado el 30/8/2021 que desestimó la excepción de incompetencia opuesta por la aseguradora demandada.

Al efecto se tuvo en cuenta que el domicilio social inscripto del asegurado se encuentra en esta jurisdicción.

2. El memorial de agravios fue presentado en fecha 1/10/2021 y respondido el 20/10/2021.

La Sra. Fiscal General emitió dictamen en fecha 3/2/2021, en el que propició la confirmación del pronunciamiento en crisis.

3. Para la determinación de la competencia corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace en la demanda y, en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de su pretensión (conf. Fallos, 313:1467).

Asimismo, tiene dicho esta Sala que corresponde hacer aplicación de la regla general que determina que debe intervenir el juez con competencia en el domicilio del deudor (cpr 5: 3°) en aquellos casos donde no ha sido acreditada de modo claro y evidente la existencia del lugar que las partes habrían acordado para el cumplimiento de la obligación, ni el de celebración del contrato (cfr. esta Sala, 1/7/10, “Expreso Santa Rita SA c/Agrocom SA s/ ordinario”; entre otros).

Dicho ello, debe señalarse que del Capítulo “JURISDICCION” del Anexo 5 “Condiciones Particulares Espec” de la póliza de seguros suscripta por las partes (v. Documental 1 acompañada con la demanda), se desprende que “Este seguro estará sujeto a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales de la República Argentina correspondientes al domicilio del Asegurado, salvo que se disponga expresamente lo contrario”. Y que, dicha cláusula deviene de aplicación en función de cuanto emerge de la pauta interpretativa del art. 1 del Anexo 1: Condiciones Generales, en cuanto dispone que “...Las Condiciones Particulares Específicas y demás cláusulas adheridas que se puedan incorporar a la póliza, privan sobre las Condiciones Particulares y sobre las Generales; las Condiciones Particulares tienen preeminencia sobre las Condiciones Generales y todas estas Condiciones tienen preeminencia sobre las normas legales aplicables en cuanto éstas últimas no sean total o parcialmente inderogables”.

Pues bien, de las alegaciones formuladas y documentos allegados se extrae que el domicilio social de la asegurada (sociedad regularmente constituida) se encuentra en esta jurisdicción (v. poder acompañado en la demanda; fs. 102 foliatura digital).

Ello motiva, sumado a lo establecido en la póliza base de autos, a que sea confirmado el temperamento de la anterior instancia, conclusión que no se desmerece por el hecho que la demandante posea una sede comercial en otra jurisdicción.

4. En función de las consideraciones expuestas y compartiéndose los argumentos expuestos por la Señora Fiscal de Cámara, *Resuelve*: confirmar la decisión apelada. Con costas a la vencida (CPr: 68).

Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015); y al Ministerio Público Fiscal 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*.

SEGURO DE VIDA

Designación de beneficiarios. Locuciones técnico-legales. Deber de información. Legitimación del conubino. Omisión de pronunciarse sobre el derecho del asegurado.

1. — Corresponde admitir la demanda, ya que ha quedado debidamente acreditado que operó la aceptación tácita del siniestro, ello pues de la documental aportada a la causa se desprende

de que no se cuestionó la calidad de beneficiaria de la actora y que ella acompañó la documentación requerida, sin recibir una respuesta por parte de la accionada

2. — Luce razonable interpretar que el asegurado haya tenido la intención de beneficiar a quienes conformaban su núcleo de afectos en el momento que contrató. La locución “herederos legales” que fue impresa en el certificado de cobertura es un término técnico legal, cuyo alcance no es forzoso que haya sido conocido por el asegurado, quien legítimamente pudo creer que la designación comprendía a la persona con quien se encontraba unido en concubinato.
3. — Se encuentra acreditado que el causante proveía el sustento del hogar que compartía con la actora y sus hijos, siendo evidente su preocupación por el bienestar de estos. Esta interpretación se encuentra corroborada por la prueba confesional efectuada en autos, mediante la cual se tuvo por confesa a la accionada respecto de que la voluntad del asegurado fue contratar un seguro de vida que proteja a su familia frente al hecho improbable de su muerte.
4. — La demandada no acompañó prueba relativa a la información relativa a la designación de beneficiario que se habría provisto al asegurado al momento de contratar o respecto al asesoramiento brindado al mismo al momento de completar el formulario para la designación de beneficiario como era su obligación.
5. — El silencio de la demandada frente a la calidad invocada por la denunciante torna extemporánea e improcedente la defensa invocada por la aseguradora. Es que, en este punto, también cobra relevancia el deber de información que correspondió asumir a la demandada en el trámite del siniestro denunciado por la actora. Si consideraba que la actora no tenía legitimación para reclamar el seguro, la compañía debió expedirse en forma inmediata y no en forma tardía como lo hizo.
6. — La aseguradora pide a quien se presentó como beneficiaria del seguro de vida que acompañe una gran cantidad de elementos y lo hace de manera vaga e imprecisa. Y dicha imprecisión es la que impide considerar que la actora pudiera conocer con certeza qué era lo que le estaban requiriendo, lo cual resultó un presupuesto básico para poder imputarle luego el incumplimiento de esa carga informativa.

CNCom., sala F, 16/02/2022. - Mendoza Gonzales, Carmen Rosario c. Zurich Santander Seguros Argentina SA s/ ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/7480/2022]

i COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. n° COM 009789/2018/CA001

Buenos Aires, 16 de febrero de 2022.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 399/414?

El doctor *Lucchelli* dice:

I. Los antecedentes.

a) Carmen Rosario Mendoza González, por medio de apoderado, promovió demanda contra Zurich Santander Seguros Argentina por cobro de sumas de dinero.

Explicó que su concubino, Ruben E. Sinti Huayana, contrató un seguro de vida y de accidentes personales con la demandada a través de la apertura de la cuenta sueldo en el banco Santander Río SA que se identificó mediante la póliza n° 300086, certificado 214409, vigente desde el 18/8/2015.

Relató que el asegurado, hasta la fecha de su fallecimiento, trabajó como electricista en la firma EDE-SUR y que la empleadora le abonaba el sueldo en la cuenta del Banco Santander. Añadió que la aseguradora otorgó una cobertura asegurativa a través de la entidad bancaria mencionada, quien actuaba como agente institorio y percibía mensualmente el pago del premio.

Señaló que el 26/12/2016 Sinti Huayanaca sufrió un accidente mientras se dirigía a su trabajo y que el mismo recibió la calificación de accidente *in itinere*. Indicó que las constancias y actuaciones penales labradas como consecuencia del accidente se encuentran en trámite ante el Juzgado de Instrucción n° 4.

La actora mencionó que era concubina del asegurado, con quien mantuvo una vida en común durante los 5 años anteriores a su fallecimiento y acompañó los certificados que lo documentan. Expuso que además el asegurado tenía a su exclusivo cargo y responsabilidad a sus hijos menores y que ello fue denunciado en ANSES y ante la AFIP.

Manifestó que, como consecuencia de ese vínculo, el 27/2/2018 ANSES le otorgó el beneficio de la pensión, considerando que la accionante se hallaba legitimada para recibirlo, en razón de su condición de derechohabiente.

Dijo que en su calidad de concubina se presentó en varias oportunidades ante el banco tomador para reclamar su derecho al cobro de la cobertura por muerte, pero no obtuvo respuesta favorable. Destacó que recibió una carta documento el 29/3/17 y transcribió su contenido. Refirió a que dicha misiva solo perseguía dilatar el procedimiento para no pagar lo adeudado a su parte y por esa razón, le envió otra misiva rechazando la suspensión del plazo e intimando al pago. Adujo que esta última comunicación no fue respondida y por ello, remitió otra carta documento el 16/6/17 intimando al cumplimiento de sus obligaciones contractuales y aludió expresamente a la falta de respuesta de su adversaria.

Relató que recién el 7/8/17 recibió una carta documento de la accionada solicitando la declaratoria de herederos del asegurado fallecido, pues según informó en esa misiva, no se habían instituido beneficiarios en el seguro contratado debiendo estarse a los herederos legales.

La demandante destacó que el causante no tiene herederos legales y que fue ella quien vivió con él, en aparente matrimonio, un mínimo de 2 años anteriores al fallecimiento, configurando así la situación que prevé el art. 53 de la Ley 24.241. Resaltó que los causahabientes se tornan acreedores al pago al resultar los terceros sobrevivientes, determinables al momento del evento. Añadió que la voluntad del asegurado fue contratar un seguro de vida que protegiera a su familia frente al improbable hecho de su muerte.

Explicó que el causante había emigrado de su país natal buscando un mejor porvenir, que convivió con la actora los últimos años de su vida y se hizo cargo de sus hijos, tanto frente a la sociedad como frente a organismos públicos en los que se verifica que extendió todos los beneficios que le otorgaba su calidad de empleado bajo relación de dependencia.

Añadió que, tal como se desprende de su relato, en el caso resultó operativo el art. 56 de la Ley de Seguros pues la actora intimó a la compañía a efectuar el pago, pero la demandada no respondió en el plazo perentorio de 30 días, operando en consecuencia la aceptación tácita del siniestro.

Solicitó también la aplicación de lo previsto por la Ley de Defensa del Consumidor frente al caso de falta de información por parte del banco tomador del seguro al momento en que el causante abrió la cuenta.

Señaló que el monto del reclamo asciende a \$900.000 y/o lo que en más o en menos surja del expediente, su actualización y costas.

Ofreció prueba y fundó en derecho.

b) Zurich Santander Seguros Argentina SA, por medio de apoderado, contestó la acción incoada en su contra.

Liminarmente, interpuso excepción de falta de legitimación activa. Si bien reconoció la contratación y vigencia del seguro por parte de Sinti Huayanaca, destacó que él designó como beneficiarios a sus herederos legales.

En ese sentido, la accionada dijo que el carácter de concubina que ostenta la actora es improcedente para iniciar el reclamo. Resaltó que el propio certificado de cobertura indica quiénes eran los beneficiarios y que quien acciona no está incluida como heredera legítima.

En subsidio, contestó demanda. Por imperativo procesal negó todos y cada uno de los hechos relatados por la demandante en el libelo inaugural y solicitó su rechazo con costas.

Se opuso al vencimiento del plazo del art. 56 LS y relató que, una vez anoticiada de la ocurrencia del siniestro mediante la denuncia del 23-3-17, solicitó a la denunciante que hiciera un relato detallado del accidente sufrido por Sinti Huayanaca, que acompañara las copias que mencionó así como los datos e información relativa al hecho. Señaló que, como consecuencia de esa solicitud, quedaron interrumpidos los plazos para expedirse conforme lo previsto por los arts. 46 y 48 de la Ley de Seguros.

Expuso que la respuesta de la actora a dicha misiva, en la que solo refirió a la ocurrencia del siniestro y remitió a las actuaciones labradas como consecuencia del mismo fueron insuficientes e implicaron que no suministrara de manera acabada lo solicitado.

Mencionó que, ante la falta de respuesta cierta de la demandante, su parte se comunicó con la fiscalía, que le permitió acceder a las actuaciones iniciadas en la causa: "Sartori Matías Mainardi s/ Homicidio Culposo, damnificado Sinti Huayanca Rubén Enrique, Exp. N° 144.036/2016.

Relató que, una vez conocida las contingencias relativas al accidente, es que solicitó la declaratoria de herederos para conocer los eventuales herederos del asegurado y que los plazos han quedado interrumpidos.

Resaltó que a su parte no le correspondía efectuar el rechazo del siniestro toda vez que quien reclamó ser la beneficiaria no brindó la documentación necesaria para verificar su calidad de heredera y que no hay constancia que indique que la actora sea heredera legal.

Aludió a la ausencia de mora en el cumplimiento de sus obligaciones ya que la aquí accionante no ha cumplido con las obligaciones asumidas. Añadió que le requirió que indique la información de la causa donde ha tramitado la sucesión del asegurado.

Se opuso al reclamo patrimonial y a la aplicación de la normativa del Consumidor en materia de seguros, en tanto este no puede considerarse un contrato de locación de servicios. Objetó la liquidación practicada en el escrito inicial y ofreció prueba.

II. La sentencia recurrida.

En la sentencia de fs. 399/414 el magistrado rechazó la demanda.

Liminarmente, señaló que no se encuentra controvertido en el *sub lite* el vínculo contractual habido entre las partes.

Para así decidir consideró que este vínculo es de consumo, pues el tomador del seguro encuadra en la noción de consumidor y la aseguradora, en el rol de proveedora. Aclaró que considera indubitado que el régimen de Defensa del Consumidor aplica a la actividad de la aseguradora y protege al consumidor del seguro.

De seguido, ponderó que resulta incuestionado que el Sr. Sinti Huayanaca celebró con la accionada un contrato de seguro de vida. Resaltó que la controversia radica en si medió aceptación tácita del siniestro, por el transcurso del plazo de art. 56 LS y si la actora, que invocó el carácter de concubina del asegurado, se hallaba legitimada para reclamar la indemnización.

Valoró, en ese sentido, que la denuncia del siniestro se produjo el 23/3/2017 y que el 29/3/2017 la aseguradora requirió la información que detalló en su comunicación. El anterior sentenciante destacó que la accionante remitió a esa solicitud y que envió los datos que surgían de la causa penal. No obstante, y al no ver satisfecho el derecho invocado, el 16/6/2017 envió una nueva carta documento intimado a la cancelación del crédito, pues consideraba que se encontraba vencido el plazo del art. 56 LS.

El juez *a quo* estimó que resulta dudoso que la respuesta de la accionante implicara el cumplimiento de la carga que le pesaba pues hacer saber a la demandada las constancias del expediente no implicó hacerle llegar toda la información peticionada.

Destacó que soslayando dicha actitud y aun considerando cumplida dicha carga informativa aplicando un criterio flexible por virtud de la ley 24240, concluyó que no derivaría un resultado favorable en los términos del art. 56 de la LS. En ese sentido, resaltó que la aceptación tácita del siniestro no podía darse si faltaba un presupuesto necesario para que se configure el derecho. En ese orden de ideas, dijo que el carácter de concubina invocado por la accionante no la colocaba en la posición de los herederos legales.

Resaltó, entonces, que la voluntad del causante no puede ser desconocida y que en el contrato celebrado, la ausencia de designación de beneficiarios, ponía esa posición a los herederos legales y, como anticipó, la demandante no puede ser incluida en esa categoría. Aclaró que en caso de que se admitiera lo reclamado, existía la posibilidad de perjudicar a legítimos herederos. Sobre este punto, tuvo en consideración la declaración testimonial de Hoover Serrando Aldazábal que señaló que vio a la madre del causante en el funeral.

Rechazó la demanda, entonces, al concluir que la Sra. Mendoza González no estaba habilitada por el contrato ni por la ley para reclamar la indemnización.

Impuso las costas a la actora vencida (Cpr. 68) y difirió los honorarios hasta tanto quede firme la presente.

III. El Recurso.

1. El 14/6/214 (fs. 417) apeló la sentencia definitiva la parte actora. Su recurso fue concedido libremente el 15/6/21.

El escrito continente de los agravios fue presentado el 14/7/21 (en fs. 423/428) y su respuesta el 5/8/21 (fs. 430/32).

Los quejas de la accionante pueden exponerse, sintéticamente, del modo siguiente: i) objetó que hubiera rechazado su derecho indemnizatorio y solicitó la aplicación de lo previsto por el art. 143 LS; ii) se quejó de la interpretación que realizó el magistrado sobre el cumplimiento del derecho de información y señaló que el siniestro quedó aceptado tácitamente; iii) cuestionó la valoración de la prueba y los efectos derivados de la confesión ficta.

2. La Sra. Fiscal General ante esta Cámara de Apelaciones se expidió el 12/8/2021 y propuso la revocación de la sentencia de grado (fs. 430/434).

IV. La solución.

1. Antes de entrar al estudio de las cuestiones traídas a esta Alzada, entiendo necesario señalar que no he de seguir a la apelante en todos y cada uno de sus planteamientos, limitándome en el caso, a tratar solo

aquellas que son “conducentes” para la correcta adjudicación de los derechos que les asisten. Me atengo, así, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha estimado razonable esta metodología de fundamentación de las decisiones judiciales (conf. doctrina de Fallos 265:301; 278:271; 287:230; 294:466, entre muchos precedentes).

A lo que debo añadir que examinaré cada cuestión -hechos, pruebas y fundamentos- de manera que nada que sea sustancial quede sin tratar e intentaré ser conciso, por motivos de claridad para sustentar la decisión; bien entendido que he valorado todas las pruebas y reflexionado sobre todos los argumentos expuestos por las partes (CS, en Fallos 265:301; 278:271; 287:230; 294:466, etc.).

2. Cabe aclarar que el análisis no seguirá necesariamente el método expositivo adoptado por la apelante, pues varios argumentos serán tratados de manera conjunta en razón de su conexidad y otros resultarán abstractos por el sentido del decisorio. Inicialmente, formularé el marco teórico de los seguros de vida y, específicamente, las cargas relativas a la información que se aplica en estos contratos.

3.1. En tal labor, resulta útil recordar que el marco de este reclamo es el contrato de seguro de vida y que la naturaleza del contrato y la posición especial de las partes llevan a una aplicación más frecuente y rigurosa del principio de buena fe.

Respecto del asegurador, el tomador se debe conducir con la mayor lealtad posible en cuanto se refiere a la descripción del riesgo y al mantenimiento del estado de riesgo. Respecto del tomador, el asegurador también debe conducirse con lealtad en cuanto se refiere a la ejecución de sus obligaciones y a la interpretación de la póliza, por el carácter del contrato, cuya comprensión generalmente escapa a la capacidad del tomador, y por su naturaleza de contrato de masa, de condiciones generales uniformes (en principio) e impuestas al asegurado (conf. Isaac Halperin, “El Juez y la aplicación del contrato de seguro”, pág. 1, REDCO año 3 (1970), Buenos Aires).

3.2. En lo que respecta a la plataforma fáctica del litigio, no se encuentra cuestionado que Rubén Enrique Sinti Huayanaca contrató un seguro de vida con la demandada y que la cláusula de designación de beneficiarios de dicha póliza señala herederos legales en un 100%. Tampoco se encuentra cuestionado que la actora vivió en concubinato con el Sr. Sinti durante los últimos años previos a su deceso.

En base a estas cuestiones de hecho, es menester interpretar el contrato para poder establecer si la ac-

tora puede o no ser considerada beneficiaria del seguro.

A los efectos de interpretar dicho contrato, es preciso destacar que el mismo es un contrato de consumo. Destaco que he adherido a la doctrina de esta Sala que considera al contrato de seguro como contrato de consumo (cfr. esta Sala, in re, “Bergoc Mariana Laura c/ FUN & TRAVEL SRL sobre ordinario”, Expte. Nro. 49788/2005, del 26.11.2019; “Gómez Miguel Angel c/ La Caja De Seguros SA s/ ordinario” del 5/7/21; “Gigante Betina Carla y otros c/ Metropolitan Life Seguros de Visa SA s/ ordinario” del 16/3/21; Sittner, Nélica Elida C/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros Sa S/ Ordinario”, del 5/03/20, “Virto Nusch Patricia Elizabeth y Otro c/ Caja De Seguros SA s/Ordinario”, del 10/09/19; entre otros).

Dicha decisión se sustenta en dos argumentos centrales: a) el rango constitucional de la protección de los derechos de consumidores y usuarios, y b) el carácter de orden público de la norma en la materia.

Como es sabido, la Constitución es ley suprema o norma fundamental no solo por ser la base sobre la que se erige todo el orden jurídico-político de un estado, sino también, por ser aquella norma a la que todas las demás leyes y actos deben ajustarse. Esto quiere decir que todo el ordenamiento jurídico-político del estado debe ser congruente o compatible con la constitución. Esta supremacía significa -ante todo- que la constitución es la “fuente primaria y fundante” del orden jurídico estatal. Esto implica colocar a la constitución en el vértice de dicho orden. Ello quiere decir que es ella -desde dicha cúspide- la que dispone cuál es la gradación jerárquica del mismo orden, porque como fuente primaria y fundante bien puede ocurrir que la constitución resigne el primer plano al que estamos acostumbrados, para reconocer en dicho nivel más alto que el de ella misma al derecho internacional -sea el general, sea el de los derechos humanos- y/o al derecho de la integración supraestatal y su derivado, el derecho comunitario (cfr. Bidart Campos, German J., Manual de la Constitución Reformada, Tomo II, Pág. 333/334, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Bs. As., 2000).

En ese orden, recuerdo que los contratos deben “interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe” (art. 1061 CCyC), “la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración” resulta una fuente de interpretación del contrato (art. 1065, inc. b) y “[l]a interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles las contradicciones con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”.

Asimismo, remarco que el art. 3 de la Ley de Defensa del Consumidor (“LDC”) establece que “[l]a interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”.

En materia de interpretación de las cláusulas de los contratos de seguro que designan el beneficiario, se ha señalado que se debe tener en cuenta cuál ha sido la voluntad real del asegurado y que en caso de duda acerca del beneficiario de un seguro de vida, deben ser investigadas todas las circunstancias que permitan establecer la voluntad del asegurado (Conf. Lichtman, Guido E. “El beneficiario en el seguro de vida” TR LALEY AR/DOC/5352/2012). Es del caso destacar que, al interpretar el art. 145 LS, que establece los beneficiarios para el caso de que no haya una designación expresa, se ha dicho que la determinación de las personas beneficiarias por institución legal es efectuada en la ley de Seguros en favor de quienes el legislador ha presumido de los afectos directos del asegurado (conf. Lichtman, op. cit. loc. cit.).

Respecto del seguro objeto de los presentes obrados, debo señalar que media una designación de beneficiario, por lo que no resulta aplicable la normativa residual prevista en el art. 145 LS. En cuanto a dicha designación en sí misma, teniendo en cuenta las directivas señaladas anteriormente y las circunstancias de hecho probadas en la causa, luce razonable interpretar que el asegurado haya tenido la intención de beneficiar a quienes conformaban su núcleo de afectos en el momento que contrató. Abona a mi juicio esta tesis, el hecho de que la locución “herederos legales” que fue impresa en el certificado de cobertura es un término técnico legal, cuyo alcance no es forzoso que haya sido conocido por el asegurado, quien legítimamente pudo creer que la designación comprendía a la persona con quien se encontraba unido en concubinato. Coadyuva a este temperamento el hecho de que las constancias incorporadas al expediente dan cuenta de que el asegurado reconoció la relación que lo unía a la actora e incluso habría considerado como integrantes de su grupo familiar a los hijos de esta. Tal como fue detallado en el dictamen fiscal de primera instancia del 23/03/2021, está demostrado el vínculo del asegurado con la demandante:

a) El día 18/2/2016, Sinti Huayanca, se presentó ante el Juzgado Civil y Comercial N° 1 de Avellaneda, denunciando que convive hace 3 años con Carmen Rosario Mendoza González.

b) En el comprobante de empadronamiento emitido por la ANSES el día 28 de Marzo de 2014 se consignó que el grupo familiar de Sinti Huayanca estaba

integrado por Mendoza González en su carácter de concubina;

c) En la declaración jurada del impuesto a las ganancias ante la AFIP, Sinti Huayanca detalló que las cargas de familia estaban compuestas por Carmen Rosario Mendoza González y por quienes serían hijos de la misma: Niurka Roxana Aicatuero Mendoza, Víctor Remigio García Mendoza y Daniel Rodolfo Mendoza González.

Es decir, en vida el causante habría reconocido en varias oportunidades el carácter de concubina de la actora y de integrantes de su grupo familiar a los hijos de esta. Más aun, siguiendo ese temperamento, el 27.2.18 Anses comunicó a Rosario Mendoza González la concesión del beneficio de pensión, por encontrarla alcanzada por lo previsto en el art. 53 de la ley 24.241. Tanto la relación de la actora con el asegurado y el hecho de que este tuviera a cargo a los hijos de la accionante han resultado reconocidos por la accionada en las posiciones 6 y 7 del pliego de fs.126, en razón de haber sido considerada confesa ficta según lo decidido a fs.133

En ese orden de ideas, no parece adecuado adoptar el criterio de la sentencia de grado, en cuanto a que la voluntad del causante habría sido que el seguro fuera en beneficio de los herederos que indica la ley, solución que propone la normativa de seguros ante la falta de designación expresa de beneficiario.

Y en este punto cabe tener particularmente presente la pauta orientadora en los casos de contratos con cláusulas predispuestas cuyo sentido es equívoco y ofrece dificultades para precisar el alcance de las obligaciones asumidas por el predisponente, en caso de duda debe prevalecer la interpretación que favorezca a quien contrató con aquel o contra el autor de las cláusulas uniformes (CSJN, fallos 325:677; 321:3493; 317:1684). Máxime por virtud de la regla que se anticipó relativa a la interpretación del contrato en el sentido más favorable para el consumidor (LDC 37) (esta Sala, in re, "Virto Nusch Patricia Elizabeth y Otro c/ Caja de Seguros SA s/Ordinario", del 10/09/19)

De modo que, a fin de discernir la voluntad del causante, en línea con lo que propició la Sra. Fiscal ante esta Cámara en su dictamen del 12/8/21, se encuentra acreditado que Sinti Hayanaca proveía el sustento del hogar que compartía con la actora y sus hijos, siendo evidente su preocupación por el bienestar de los mismos. Esta interpretación se encuentra corroborada por la prueba confesional efectuada en autos, mediante la cual se tuvo por confesa a la accionada respecto de que la voluntad del asegurado fue contratar un seguro de vida que proteja a su familia frente al

hecho improbable de su muerte (Posición 9 del pliego de fs.126, según resolución de fs.133)

Por lo demás, la demandada no acompañó prueba relativa a la información relativa a la designación de beneficiario que se habría provisto al asegurado al momento de contratar o respecto al asesoramiento brindado al mismo al momento de completar el formulario para la designación de beneficiario como era su obligación (art. 53LDC). Tampoco surge del relato de la accionada que haya recibido el reclamo de alguien alegando un mejor derecho que la actora, limitándose a señalar que uno de los testigos que declararon en la causa manifestó haber visto a la madre del asegurado en el sepelio. Sin embargo, la actora probó que no se inició un juicio sucesorio del causante en la jurisdicción de su domicilio (fs.244 vta.) y que no se ha registrado un testamento en Provincia de Buenos Aires (fs.223/224) o en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs.257). Asimismo, no hay constancias en estos obrados que indiquen que la demandada haya realizado alguna actividad tendiente a determinar si efectivamente había otras personas que, a su juicio, pudiesen ser considerados beneficiarios del seguro, ni tampoco alegó haber consignado la suma adeudada a efectos de liberarse de su obligación. Todo esto corrobora la confesión provocada de la accionada en los términos del art.417 CPR. respecto de que el asegurado no tenía herederos legales (Posición 8 fs.126, según lo decidido en fs.133).

Recuerdo que se ha señalado que en los seguros de este tipo el asegurador deberá analizar por sí mismo quiénes tienen el carácter de herederos y en caso de duda podrá o bien consignar judicialmente el importe de la prestación debida o bien exigir fianza suficiente a satisfacción para el caso de presentarse otros herederos (Conf. Lichtman, Guido E., op. cit. y doctrina citada en nota 80). Como dije antes, no surge de los obrados que la aseguradora demandada haya ocurrido por alguna de estas dos vías.

Finalmente, destaco que las consecuencias jurídicas que derivan de los propios actos de la demandada permiten sostener que no cuestionó inicialmente el derecho invocado por la demandante. Recuerdo que la señora Mendoza González se presentó como beneficiaria del seguro y la demandada no hizo ninguna mención frente a dicho carácter ni tampoco solicitó, de manera tempestiva, que efectuara algún trámite para demostrar que se encontraba amparada dentro del beneficio.

Nótese que la pericia contable, al referir a la copia de la Denuncia de Siniestro de vida, destaca que "En el sector Datos del Beneficiario/ reclamante constan los datos de la accionante y contiene una firma ilegible con aclaración: Carmen Rosario Mendoza. Firma

por Zurich Santander Seguros Argentina SA: Víctor Nicolás Vega. Representante de servicios a clientes. Sello fechador: 27-03-2017". En esa oportunidad, tal como concluyó el perito contador, la accionante también suscribió el formulario de "Prevención de lavado de Dinero".

Es decir, la aquí demandante se presentó ante la accionada y denunció el siniestro invocando el carácter de beneficiaria y la demandada no realizó ninguna objeción a la legitimación de la accionante sino que recibió la denuncia y le requirió el cumplimiento de ciertos requisitos vinculados con la investigación del siniestro. Y recién introdujo esta defensa en su comunicación posterior, a los cinco meses de recibida la denuncia en la que la actora invocó el carácter de beneficiaria -v. cd. enviada por la compañía de seguros del 7/8/17-.

En un caso similar, la colega Sala B rechazó la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la aseguradora que sostenía que la actora no resulta beneficiaria de la póliza y se consideró operativa la aceptación tácita en los términos art. 56 LS (CNCom, Sala B, "Villanueva Carvajal Maria Esther C/ Federación Patronal Seguros Sa S/ Ordinario", del 28/05/14).

En ese antecedente, al igual que como ocurrió en el presente, la aseguradora recibió el instrumento de denuncia en el que la allí accionante invocaba el carácter de beneficiaria y la falta de cuestionamiento por parte de la aseguradora de la calidad informada, incluida en la denuncia ante ella presentada y que originara la presunta respuesta, fue interpretado como aceptación.

En el mismo sentido que en el caso citado, en estas actuaciones, el silencio de la demandada frente a la calidad invocada por la denunciante torna extemporánea e improcedente la defensa invocada por la aseguradora. Es que, en este punto, también cobra relevancia el deber de información que correspondió asumir a la demandada en el trámite del siniestro denunciado por la actora. Si consideraba que la actora no tenía legitimación para reclamar el seguro, la compañía debió expedirse en forma inmediata y no en forma tardía como lo hizo.

Por lo que llevo expuesto, no comparto la solución brindada en el grado respecto de que la actora no tenía legitimación para reclamar a la aseguradora tal como lo hizo, por lo que procederé a analizar si ha mediado en la causa un rechazo del siniestro o su aceptación tácita en los términos de los arts. 49 y 56 LS.

3.3. En esas condiciones y a raíz de los cuestionamientos formulados por Mendoza González, resulta

prioritario evaluar si la aseguradora debía expedirse con relación al siniestro, en qué oportunidad debía hacerlo y si se verificó en la litis una omisión imputable a dicho deber, originándose un incumplimiento susceptible del reproche formulado por la asegurada.

En punto al plazo que la aseguradora tiene para cumplir con la prestación comprometida, el artículo 49 de la LS prevé: "En los seguros de personas el pago se hará dentro de los quince días de notificado el siniestro, o de acompañada, si procediera, la información complementaria del artículo 46, párrafos segundo y tercero".

De modo que una vez que el asegurador recibe la denuncia, tiene quince días para rechazar el reclamo, solicitar pruebas del hecho o de sus circunstancias y otras que permitan determinar el alcance de su prestación o realizar el pago (art. 49, LS). En este punto, la norma aplicable a los seguros de vida se aparta de las disposiciones que gobiernan los seguros de daños y de responsabilidad civil, que permiten solicitar la documentación complementaria del art. 46 y luego otorgan treinta días adicionales para aceptar o rechazar el reclamo (conf. Facal, Carlos José María, "El seguro de vida en la Argentina", Bs. As., Lexis Nexis, Argentina, 2007, págs. 54/55; y cita allí efectuada: Cerejido, Pablo - Manzano, Martín, "El silencio del asegurador ante la denuncia del siniestro", ED, Derecho de Seguros, 17/10/2006, en adhesión al XII Congreso Internacional de Derecho de Seguros).

Una detenida lectura del art. 49 LS permite identificar que la remisión al art. 56 LS opera únicamente en materia de seguros patrimoniales. Nada dice al respecto el segundo párrafo del citado artículo 49 LS que aborda la cuestión de los seguros de vida. Mas esa línea de pensamiento de ningún modo excluye la obligación de expedirse que pesa sobre la aseguradora pues a mi modo de ver aquella coincide -razonablemente- con la oportunidad en la que la aseguradora queda incurso en mora; esto es, a los 15 días de notificada del siniestro o, si correspondiese, de acompañada la información complementaria (esta Sala, in re: "Santucho Raquel Alberto c/HSC Seguros de Vida (Argentina) SA s/ Ordinario, del 22.03.16).

3. 4. Por otro lado, las normas citadas por las partes imponen al asegurado el suministrar al asegurador, a su pedido, la información necesaria para verificar el siniestro o la extensión de la prestación a su cargo y a permitirle las indagaciones necesarias a tal fin. Ese pedido debe ser tempestivo y fehaciente, por donde ha de cursarse preferentemente de modo escrito y dentro del plazo con el que cuenta la aseguradora para expedirse de acuerdo con lo previsto por la LS 49 y 56 según se trate de un seguro de daño patrimonial o de vida.

Sin embargo, la facultad del asegurador debe ser ejercida sobre la base de lo que es razonable, a cuyo efecto habrá de tenerse presente que solo habrá de calificarse como tal la información o la prueba requerida si, en el primer caso, es objetivamente factible de ser respondida por el asegurado; y, en el segundo (requerimiento de prueba), si es objetivamente razonable que disponga de la misma y si es necesaria.

La razonabilidad del o de los requerimientos deberá juzgarse en cada caso en particular, “atendiendo a la naturaleza del riesgo, las circunstancias del evento y las condiciones personales del asegurado”, así como a la posibilidad real de satisfacerlos por parte de este. Este último extremo deberá, también, ser valorado en cada caso, pues debe evitarse que mediante esos pedidos complementarios se frustré el objetivo de la ley.

Adicionalmente, aquel requerimiento de la compañía de seguros debe ser relevante. Sobre el particular se tiene dicho que la información que la aseguradora puede requerir del asegurado no debe ser caprichosa ni concretarse en cualquier pedido, sino referirse necesariamente a la verificación del siniestro o a la de la extensión de la presentación a su cargo o permitirle las indagaciones necesarias a tal fin.

En conclusión, tales medidas complementarias, en consonancia con el principio de buena fe, deben ser pertinentes, en el sentido de que la información requerida no resulte disponible ni factible de obtener al asegurador por sí. En síntesis: la carga complementaria debe estar referida a información y conductas concretas, necesarias, atinentes al siniestro denunciado y conducentes a su verificación y extensión (Rubén S. Stiglitz, *Derecho de Seguros, La Ley, Buenos Aires, 2008, Tomo II, págs. 312/313; conf. esta Sala, “Santucho Roque Alberto c/ HSBC Seguros De Vida (Argentina) SA S/ Ordinario”, del 22.3.16; íd. Torres Guillermo Enrique c/ Zurich Santander Río seguros SA s/ ordinario”, del 16/02/17).*

3.5. Bajo tales lineamientos, resulta necesario, a fin de resolver el entuerto, determinar si transcurrió el plazo previsto por la normativa para considerar aceptado tácitamente el siniestro.

Entiendo que tal análisis deberá incluir, para evaluar la procedencia o no de la presente demanda, el contenido de la información requerida por la accionada así como la legitimación de la solicitante.

3.6. En este marco decisivo, diré que resulta incuestionado que la denuncia del siniestro fue realizada por Mendoza González ante la compañía de seguros el 23/3/2017.

La aseguradora recibió dicho formulario y mediante la carta documento que envió a la actora del 27/3/17 requirió que “les haga llegar el relato del siniestro, copia de actuaciones policiales, autopsia, análisis de tóxicos, declaración de testigos, periciales y la resolución judicial de la causa.” Aclaró, en esa comunicación, que “hasta tanto no obren en nuestro poder lo requerido quedan interrumpidos los plazos para expedirnos”.

Es decir, la accionada recibió la denuncia y requirió a la accionante que acompañara una gran cantidad de documentos o actuaciones, aunque no lo hizo de manera puntual ni precisó para el caso en concreto del siniestro de Sinti Huayanaca qué era lo que esperaba.

Es esa solicitud de información la que, según el criterio de la aseguradora y que fue el receptado en la sentencia de grado, habría sido incumplida por Mendoza González.

Adelanto que en este punto disiento con la conclusión a la que arribó el magistrado de grado, pues imputar a la actora el incumplimiento de la carga impuesta por el art. 46 LS resultaría contrario a la buena fe que, tal como fue anticipado, rige de manera especial en estos contratos.

Es que la aseguradora pide a quien se presentó como beneficiaria del seguro de vida que acompañe una gran cantidad de elementos y lo hace de manera vaga e imprecisa. Y dicha imprecisión es la que impide considerar que la actora pudiera conocer con certeza qué era lo que le estaban requiriendo, lo cual resultó un presupuesto básico para poder imputarle luego el incumplimiento de esa carga informativa.

No obstante, de la comunicación verificada entre las partes tampoco se desprende que la demandante no hubiera cumplido. Es que resulta incontrovertido que la actora al responder a la solicitud relata la fecha y hora en que ocurrió el siniestro, el lugar donde ocurrió y hacia dónde se dirigía el causante. Indicó, además, que toda la documentación que mencionan en la epístola se encuentra incluida en la causa penal y que deberían obtenerla de allí, proporcionando los datos del expediente para su compulsu. Por último, rechazó la interrupción del plazo invocada por la aseguradora e intimó a su adversaria al cumplimiento del pago en tiempo y forma bajo apercibimiento de la ley (carta documento 10/5/2017 fs.8).

Mas la demandada no respondió a esa comunicación.

De allí que no puede convalidarse el silencio de la accionada pues se advertía indispensable la respuesta por parte de la aseguradora a la carta documento en

la que la actora le envió los datos de la causa penal. En su caso, indicándole si aún faltaba algún documento o información para poder investigar el siniestro.

Esa omisión conduce a concluir que no se verificó la interrupción de los plazos por el pedido de información complementaria, en los términos sugeridos por la aseguradora. Es que no puede ser opuesta a la demandante, que bien pudo considerar que había cumplido de manera adecuada con lo solicitado al remitir a la aseguradora a la causa penal donde deberían surgir todos los datos que precisaba para liquidar el siniestro. En este último punto, es preciso aclarar que se afirma de manera condicional si esa información era o no suficiente en razón de la imprecisión de la propia accionada al momento de efectuar la solicitud.

Aún si se considerara de manera hipotética que la demandante había incumplido con la carga de información, para que de esta omisión derivaran los efectos pretendidos por la aseguradora, era indispensable que comunicara expresamente su postura.

Es que el razonamiento que sigue la aseguradora referido a que la carta documento enviada por la actora informando los datos de la causa penal no completaba lo que le había requerido, en tanto no fue comunicado ni aclarado a la peticionante, no puede tener los efectos jurídicos pretendidos por ella.

Todo ello conduce, a mi juicio a admitir la demanda ya que ha quedado debidamente acreditado que operó la aceptación tácita del siniestro (art. 49 y 56 LS). Ello pues de la documental aportada a la causa se desprende que no se cuestionó la calidad de beneficiaria de Mendoza González y que ella acompañó la documentación requerida el 10/5/17, sin recibir una respuesta por parte de la accionada.

Cabe aclarar que el deber de pronunciarse acerca del derecho del asegurado es pues una carga del asegurador que debe ejercitarse perentoriamente en el plazo legal (art. 15 LS), cuya inobservancia importa - en principio- un reconocimiento del aludido derecho.

Ello justifica que se señale que la omisión de pronunciarse sobre el derecho del asegurado dentro del plazo legal constituye el reconocimiento implícito de la garantía y funciona como un impedimento para obtener en adelante la liberación de la obligación de indemnizar (cfr. CNCom., Sala A, del 08.05.1997, "Poggi Lidia c/Siglo XXI Compañía Argentina de Seguros S.A.", íd. Sala B, del 18.08.1992, "El Comercio Cía de Seguros c/Nieto Hnos. S.A.").

Cabe, entonces, atribuir al silencio de la aseguradora el sentido de una manifestación de voluntad que importa aceptación, en función de las previsiones de los arts. 49 y 50 de la LS.

4. Por virtud de lo expuesto, propongo al Acuerdo admitir el recurso de la accionante y revocar la sentencia de grado, condenando a la demandada al pago de \$900.000 reclamados en el escrito inicial.

Dicho monto, tal como surge de la pericia contable, comprende el monto estipulado en la póliza en caso de siniestro como el aquí denunciado: cobertura en relación a la muerte por cualquier causa \$ 450.000 y la doble indemnización por muerte accidental: \$ 450.000 (v. punto 6.g de la pericia contable).

A dicha suma se le adicionarán intereses desde el 9-6-2017, fecha en que operó el vencimiento del plazo de la aseguradora para expedirse, luego de recibida la información por parte de la accionante (art. 56 LS). Los réditos se calcularán según la tasa activa que cobra el Banco de la Nación para sus operaciones de descuento a 30 días, plazo vencido (Plenario del fuero en autos: "SA La Razón s/ quiebra s. incidente de pago de los profesionales" del 27.10.94), sin que corresponda la capitalización de los mismos (CNCom, Sala A, in-re: "Banco Liniers SA c/ Naymarkl Victor Sergio s/ ejec.", del 16.8.96; y doctrina plenaria recaída in-re: "Calle Guevara, Raúl -Fiscal de Cámara- s/ revisión de plenario", del 25.8.03).

5. Costas.

5.a. En función de haber propuesto la recepción de los agravios de la demandante, corresponde modificar la distribución de las costas del pleito (art.279 CPr.).

En tal sentido, atento que por la interpretación de los términos contractuales la demandada pudo creerse con derecho a resistir el reclamo de la actora tal como lo hizo, mociono para que las costas de ambas instancias se distribuyan en el orden causado (art.68, 2par. CPr.).

5.b. Costas por la incidencia de fs. 105/110

Resta el tratamiento del recurso de la actora contra la decisión de fs. 105/110 que impuso las costas derivadas de la incidencia en el orden causado y que fue concedido con efecto diferido.

Al fundar su presentación en fs. 113/114, la demandante objetó el régimen de distribución de las costas derivadas de la incidencia y adujo que se trató de una excepción dilatoria y por ese motivo, la resolución rechaza el carácter que pretendió asignarle su adversaria al interponerla.

Sin embargo, por los mismos motivos que se expusieron en el párrafo que antecede, considero que debe confirmarse el temperamento de la anterior instancia y confirmar la decisión de fs. 105/110 que impuso las costas por su orden. Es que la demandada pudo creerse con razones suficientes para objetar la legitimación de la actora.

En consecuencia, se rechaza el recurso de la actora interpuesto 18/10/2018.

V. Conclusión.

Por todo lo expuesto, si mi criterio fuera compartido por mis distinguidos colegas, propongo al Acuerdo: a) revocar la sentencia dictada en 399/414 y admitir el reclamo de Mendoza González contra Zurich, condenando a esta última a abonar la suma de \$900.000 con más los intereses, conforme lo previsto en el punto, IV.4. Las costas de ambas instancias deberán distribuirse en el orden causado (conf. art. 68 2do. Párr. y 279 del Cpr.); b) confirmar la distribución de costas por su orden en la decisión de fs. 105/110.

Así voto.

Por análogas razones los doctores *Barreiro* y *Tevez* adhieren al voto que antecede.

Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los señores Jueces de Cámara doctores:

Buenos Aires, 16 de febrero de 2022.

Y Vistos:

I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, *Resuelve*: a) revocar la sentencia dictada en 399/414 y admitir el reclamo de Mendoza González contra Zurich, condenando a esta última a abonar la suma de \$900.000 con más los intereses, conforme lo previsto en el punto, IV.4. Las costas de ambas instancias deberán distribuirse en el orden causado (conf. art. 68 2do. Párr. y 279 del Cpr.); b) confirmar la distribución de costas por su orden en la decisión de fs. 105/110.

II. 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*.

ACCIDENTE DE TRÁNSITO

Apertura de puerta de un auto estacionado que impactó contra una motocicleta. Culpa concurrente. Exceso de personas transportadas. Falta de uso de casco. Responsabilidad del padre. Eximente de responsabilidad.

1. — Es innegable la responsabilidad de la demandada que luego de estacionarse y, sin advertir la presencia de una motocicleta que se disponía a pasar, abrió la puerta izquierda del automóvil en forma repentina e intempestivamente, provocando la caída del conductor y de sus acompañantes, pues su conducta determinó la ocurrencia del hecho, en tanto fue desaprensiva, despreocupándose de las consecuencias que pudiera acarrear tal imprudencia.
2. — La conducta del progenitor tuvo incidencia causal en la producción del daño que sufrió su hijo, ya que no sólo lo subió a la moto superando el número de ocupantes permitido por la normativa de tránsito, sino que lo trasladó siendo un niño de doce años de edad y sin el debido casco protector; colocándolo en una situación de extrema peligrosidad por la que hoy debe responder exclusiva y excluyentemente. En definitiva, los daños sufridos por el niño son resultado del comportamiento negligente de su padre, quien voluntariamente lo introdujo en aquel escenario riesgoso.
3. — Ni la asegurada ni lógicamente la aseguradora son responsables por los daños sufridos por el menor en tanto operó la culpa de un tercero (su padre) por quien no deben responder. Es que la conducta del padre rompió el nexo adecuado de causalidad entre el daño sufrido por el niño y el hecho producido por la demandada.
4. — Es trascendental el uso de casco protector en aquellas personas que se desplazan en un ciclomotor, no sólo porque es un deber legal sino porque es una manera de colaborar con aquella función preventiva. Por lo tanto, entiendo que en los casos de accidentes de tránsito protagonizados por un automóvil y una moto, no puede resultar indiferente la circulación de un motociclista que supera el número de ocupantes permitido por la normativa de tránsito y que además traslada a uno de ellos sin el debido casco protector.

ST Jujuy, Sala Civil y Comercial y de Familia, 01/11/2021. - Soto Rojas, Daniel Federico; S. A., S. D. c. Rioja, Laura Jimena.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/187175/2021]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. N° CF-16714/2020

San Salvador de Jujuy, Provincia de Jujuy, noviembre 1 de 2021.

La doctora *Altamirano* dijo:

La Sala Primera de la Cámara en lo Civil y Comercial, mediante sentencia dictada el 10/06/2020, resolvió hacer lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia condenar a Laura Jimena Rioja a abonar a Daniel Federico Soto Rojas la suma total de pesos un millón ciento un mil trescientos veintiocho con noventa y cuatro centavos (\$1.101.328,94) y a S. D. S. A. la suma de pesos un millón trescientos setenta y cuatro mil seiscientos ochenta y ocho con diecisiete centavos (\$1.374.688,17) en concepto de indemnización por daños y perjuicios; hacer extensiva la condena a “Berkley International Seguros SA” en virtud de la póliza N° ... vigente el momento del siniestro, hasta el límite asegurado; imponer las costas a la parte vencida (art. 102, del CPC), conforme los considerandos y con las excepciones allí establecidas, y regular los honorarios profesionales.

Para decidir de tal manera, y en lo que estrictamente interesa a la presente cuestión recursiva, el Tribunal advirtió que el siniestro denunciado se produjo el día 3 de febrero de 2011 por lo que consideró aplicable el Cód. Civil de Vélez, en virtud de lo dispuesto por el art. 7° del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Afirmó que la existencia del hecho, las circunstancias de tiempo y lugar no son motivo de controversia entre las partes, y resultan acreditadas de las constancias del Expte. penal N° 474/11, caratulado: “Actuaciones Informativas por accidente de tránsito...”

Manifestó que hubo discrepancia respecto a las condiciones de circulación y la mecánica del accidente. Así, mientras el polo activo de la relación procesal sostiene que la causa del accidente fue que la demandada abrió la puerta de su automóvil sin tomar las medidas necesarias, produciendo su caída y la de su familia; el polo pasivo alega que la motocicleta circulaba sin luces, lo que hacía imposible que se advierta su presencia al momento de la apertura de la puerta, del auto estacionado.

Esquematóizó los presupuestos de la responsabilidad civil en general e indagó la plataforma fáctica descripta para luego determinar la responsabilidad en el caso particular.

Refirió que del “Informe Criminalístico’ (Expte. 474/11: fs. 42) surge que: 1°) El hecho fue en horario nocturno (20.30 hs.) en calle San Martín casi esquina Sarmiento de esta Ciudad Capital; 2°) El cielo se encontraba sin viento ni lluvia, con buena iluminación artificial y la calzada se encontraba limpia y seca; 3°) El automóvil Ford Fiesta se encontraba estacionado, y a 2,30 mts. del cordón izquierdo se localiza una huella de efracción que se proyecta hasta la motocicleta Motomel caída en la calzada.

En segundo lugar, de la instrumental compulsada se deduce que el vehículo Ford Fiesta de propiedad de la demandada se encontraba estacionado en el margen derecho de la calle —lugar habilitado a tales fines— y cuando aquella se predisponía a descender del mismo, abrió la puerta, constituyéndose en la causa eficiente del siniestro ya que el Sr. Daniel Federico Soto Rojas impactó con su motocicleta contra la puerta y al efectuar una maniobra de esquivar, perdió el control y cayó en la calzada conjuntamente con su esposa e hijo. En tercer lugar, de la propia declaración efectuada en el Expte. penal (Expte. N° 474/11: fs. 6) por la Sra. Rioja se constata que su vehículo se encontraba estacionado y abrió la puerta para descender del mismo” (sic).

Destacó que el hecho de estar estacionado en un lugar habilitado, no la relevaba de la obligación de cumplir con las normas de tránsito. En efecto, técnicamente el vehículo Ford Fiesta no se encontraba transitando, y la motocicleta sí lo hacía.

De allí que a los fines de la antijuridicidad, entendió que la accionada al abrir la puerta de su vehículo ha ‘insertado’ en el tráfico un objeto que obstruye el normal transitar, infringiendo el art. 48 de la Ley Nacional de Tránsito que establece: “está prohibido en la vía pública: ... t) Estorbar u obstaculizar de cualquier forma la calzada o la banquina...”

Sostuvo que una conducta prudente y de acuerdo a derecho hubiera sido constatar que no transitaba ningún rodado o motocicleta y recién allí abrir la puerta de su vehículo, para luego descender del mismo.

Aseguró que la posición final en la que quedaron detenidos los vehículos (conforme croquis ilustrativo y fotografías) permitió inferir que la demandada no advirtió que la motocicleta circulaba, ya que la distancia entre el automóvil y la moto no era amplia, es decir, se constató de parte del conductor demandado una acción negligente y por ende participe de los elementos que caracterizan a la culpa (arts. 512 y 1109, Cód. Civil).

Explicó que el caso tuvo una particularidad fáctica y es que el automóvil se encontraba detenido sobre la calzada.

Dijo que aquellas particularidades que debían considerarse para determinar si un vehículo detenido era cosa riesgosa (art. 1113, 2ª parte) fueron las siguientes: “a) Si el rodado se encontraba detenido en la vía de circulación; b) En caso de encontrarse detenido fuera de la vía, si el lugar dónde se estacionó se encontraba permitido por la reglamentación; c) En caso de mediar una causal de caso fortuito o fuerza mayor, si se tomaron las medidas tendientes para advertir al resto de los vehículos de tales circunstancias, mediante las vías tendientes para ello (utilización de balizas, luces indicativas, etc.); d) Si dentro del vehículo estacionado se encontraban ocupantes; e) Si el rodado embistente tuvo la posibilidad de evitar colisionar al rodado estacionado” (sic).

Concluyó que la situación debía analizarse a la luz del art. 1109 del Cód. Civil, en tanto “todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil” (sic).

Indicó que la culpa fue gráficamente definida por Vélez Sársfield en el art. 512: “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

Apuntó que para eximirse de responsabilidad, la demandada debió ofrecer probar que tuvo una conducta activa diligente. En su escrito de contestación señaló que “...acomoda sus cosas y abre la puerta, en ese momento siente un golpe. Era una moto que circulaba a mucha velocidad en la que montaban 3 personas, al medio un niño y atrás una mujer. Mi mandante no vio que se acercaba el moto vehículo ya que no tenía luces” (sic).

En tal sentido, consideró que de los propios dichos de la parte accionada se acreditó que abrió la puerta de su automóvil de forma repentina y sin la diligencia adecuada conforme las circunstancias del caso, siendo su conducta negligente e imprudente.

Respecto a la denuncia de falta de luces en la motocicleta, manifestó que tal circunstancia no fue probada e inclusive se constató en el Expte. penal (fs. 42) que “el cielo se encontraba semi nublado sin viento ni lluvia, con buena iluminación artificial, por lo que la visibilidad era normal”.

Señaló que en el campo de la responsabilidad civil, la relación de causalidad cumple una doble función: por una parte, permite determinar con rigor científico a quién debe atribuirse un resultado dañoso; por el otro, brinda los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento.

Destacó que conforme las manifestaciones de la accionante, la relación de causalidad se produce entre los daños sufridos por los actores y la apertura negligente de la puerta del rodado de propiedad de la demandada; recayendo el mayor peso de la responsabilidad en el evento dañoso sobre la Sra. Rioja, teniendo en cuenta que ha estorbado el regular tránsito vehicular (art. 48 inc. t, LNT).

Afirmó que tanto esta última como la tercera citada plantearon la interrupción del nexos causal, alegando que los actores superaban el número de ocupantes permitidos por la ley para las motocicletas.

Expresó que el acta de inicio obrante en el Expte. penal (fs. 1) dio cuenta que el Sr. Soto Rojas transitaba en compañía de su esposa y del hijo de ambos; circunstancia omitida por la actora al relatar los hechos y contraria al Decreto Nacional N° 779/1995 denominado ‘Decreto reglamentario de la Ley de Tránsito y Seguridad Vial’ que establece en su art. 40 inc. g. 2. 2.: “Las motocicletas de dos (2) ruedas no deben transportar más de un (1) acompañante, el cual debe ubicarse siempre detrás del conductor, ni llevar carga superior a los cien kilogramos (100 kg); g.2.3. Se aplica en lo pertinente lo dispuesto en los artículos 53 a 58 y consecuentemente el artículo 72, Inciso c) del Título VI del Anexo 1 del presente régimen”.

Juzgó que quienes reclaman los daños circularon infringiendo la normativa de tránsito y ello no puede ser obviado, ya que el tránsito de tres ocupantes en una motocicleta implica una lógica pérdida de estabilidad influyendo en la caída y los posteriores daños; máxime considerándose que circulaba un niño entre sus ocupantes.

Agregó que la licencia de conducir N° 26.451.425 del actor fue otorgada con fecha 03/01/2011 (con vencimiento el 16/03/2016) es decir, un mes antes de producido el siniestro, lo que constituye una presunción juris tamtum de la poca experiencia en la conducción de motovehículos.

Finalmente, afirmó que el resultado dañoso es producto de una incidencia causal compartida y concurrente por parte del actor y del demandado, en virtud que el primero abrió de forma intempestiva e imprevisible la puerta de su vehículo, y el segundo transitaba con dos acompañantes en su motovehículo siendo imprudente en su andar.

Concluyó que el actor tuvo una incidencia causal del 30% y la demandada Sra. Rioja del 70% en el evento dañoso.

Mostró que la pericia médica del Expte. B-248.458/11 determinó una incapacidad del 17% total en el caso de Daniel Federico Soto Rojas y del 30% en el caso S. D. SA

Refirió que se produjo la pericial psicológica.

Opinó que “si bien el representante legal de la aseguradora ha cuestionado ambos elementos probatorios, en virtud que no ha tenido oportunidad de conocerlos ni de impugnarlos oportunamente, no es menos cierto que la parte demandada, a través de su apoderada, si ha tenido esta oportunidad y no ha cuestionado ni la designación de los expertos como tampoco los resultados arribados (Expte. N° B-248.458/11: fs. 46, 64, 76, 83,86). Asimismo, tampoco se ha solicitado su nulidad en tiempo y forma. Por lo tanto, colegimos que debe tenérselos por válidos y razonables, conforme la sana crítica” (sic).

A los fines de la distribución de los rubros y de la cuantificación, concibió la necesidad de introducir un factor de descuento por el anticipo de capital, lo que acarreará como resultado que tal capital puesto a producir compense la merma en las aptitudes producidas.

Adelantó que utilizará “la denominada fórmula ‘Vuoto’ (CNTrab., sala III, 16/06/1978 *in re* ‘Vuoto Dalmero, Santiago y otros c. AEG Telefunken Argentina, SA’ LA LEY, 1979-C, 620), pero dentro del marco ritual previsto por el art. 46 del CPC. La base conceptual de tal fórmula consiste en un capital, que puesto a un interés puro del 6% se amortice en un período calculado como probable de vida productiva, mediante la percepción de una suma mensual similar a la que hubiera obtenido de no haber mediado el evento dañoso; y considerando el porcentaje de incapacidad, conforme la pericia médica” (sic).

Aseveró que Daniel Federico Soto Rojas al momento del accidente tenía 32 años y era empleado de la firma Alberdi SA (conf. recibo de sueldo fs. 8) por lo que se presumió que hubiera desarrollado su actividad hasta los 65 años.

Por otro lado, S. D. S. A. al momento del hecho tenía 12 años, no había comenzado aún su vida productiva, suponiendo que la misma comenzaría a los 18 años de edad y hasta los 65 (edad jubilatoria vigente a la fecha).

Para fijar el salario base siguió la Resolución N° 6/2019 publicada por el Ministerio de Trabajo, Em-

pleo y Seguridad Social, que arroja el monto de \$16.875 en concepto de “salario mínimo vital y móvil” (SMVvM), vigente con posterioridad al mes de marzo de 2019.

Resaltó, “Una digresión: los montos que se fijarán a continuación ya fueron computados a una tasa pura del 6% anual; por lo que no corresponde su actualización a valores actuales, atento que por tratarse de una deuda de valor se ha tomado tal índice. Ahora bien, desde la fecha de la sentencia y hasta el efectivo pago, y atento que existe una valuación monetaria, la actualización del monto deberá realizarse conforme lo establecido por la tasa activa (cartera general) del Banco Nación conforme al fallo “Zamudio c. Achi” (LA N° 54 F° 673/678 N° 235 del 11/05/2011)” (sic).

Expresó que si bien la parte actora peticionó de forma autónoma una indemnización por daño emergente: daños asistenciales - medicamentos y atención médica; “lucro cesante”; “gastos de movilidad”; “incapacidad física sobreviniente”; “daño psicológico”; gastos a realizar en un futuro” y “daño material a la motocicleta”, tales rubros forman parte del “aspecto patrimonial”, por lo que así serán valuados.

En relación a la incapacidad de Daniel Federico Soto Rojas, fijó el rubro en la suma \$1.396.327,06, calculados a la fecha de la sentencia, por lo cual serán pasibles de intereses de la tasa activa del Banco Nación conforme al fallo “Zamudio c. Achi” (LA N° 54 F° 673/678 N° 235 del 11/05/2011) desde la fecha de la sentencia, sólo en caso de mora y hasta su efectivo pago.

Para su determinación, tomó en cuenta el porcentaje de incapacidad establecido en la pericia médica (17%), considerándose la edad del actor al momento del hecho (32 años), y suponiendo que desarrollaría su actividad laboral hasta los 65 años como empleado de la firma Alberdi SA y conforme la Escala Salarial para los “Empleados de Comercio (CCT 130/75)” actualizada con el último acuerdo salarial firmado el 28 de mayo de 2019 con una tasa pura del 6% de interés anual desde el momento del hecho, conforme lo descripto en el apartado precedente.

Con respecto a la incapacidad de S. D. S. A., expresó que este rubro deberá ser indemnizado en la suma de \$1.147.688,17, calculados a la fecha de la sentencia, por lo cual serán pasibles de intereses de la tasa activa del Banco Nación conforme al fallo “Zamudio c. Achi” (LA N° 54 F° 673/678 N° 235 del 11/05/2011), desde la fecha de la sentencia y hasta su efectivo pago.

Para su cuantificación, tuvo en cuenta el porcentaje de incapacidad establecido (30%) en la pericia médica, considerándose que al momento de su realización

el niño tenía 12 años, y suponiendo que comenzó su vida laboral a los 18 años y la desarrollará hasta los 65 años, con una tasa pura del 6% de interés anual, conforme lo descripto en el apartado precedente.

En cuanto a los gastos de asistencia médica refirió que, el promotor de autos principales señaló que incurrió en erogaciones como consecuencia del accidente y acompañó facturas a fs. 15 y 34.

Alegó que los actores fueron asistidos en nosocomios públicos y advirtiendo que el Sr. Soto Rojas poseía al momento del hecho un trabajo registrado (Alberdi) es razonable suponer que tanto el actor como su hijo contaban con cobertura de "Obra Social"; por lo que estableció el rubro en un monto de \$2.000 para cada uno de ellos y conforme el art. 46 del CPC.

Rechazó el lucro cesante, en tanto advirtió que la parte solicitó se indemnicen "expectativas"; y el mencionado rubro indemniza ganancias que efectivamente el damnificado hubiera percibido de no producirse el hecho dañoso.

Agregó que en autos no se probó, ni se ofreció probar cuales fueron aquellas ganancias que el Sr. Soto Rojas dejó de percibir; máxime considerando que se trataba de un trabajador en relación de dependencia, al que se le aplica el derecho de acceder a partes médicos y licencias pagas por enfermedad.

Sostuvo que el rubro gastos de movilidad ha sido probado por la actora, quien adjuntó los tickets de remis (fs. 21/22). Para establecerlo tomó a la fecha de la sentencia tales montos y lo justipreció en la suma de \$3.000 respectivamente y de conformidad al art. 46 del CPC.

Por otro lado, mencionó que la accionante solicitó indemnización conforme el diagnóstico de la Lic. Cristina M. Sánchez en el Expte. Cautelar B-248.458/11, quien concluyó que el Sr. Soto Rojas presentaba "Trastorno de Ansiedad Generalizada" y recomendó una (1) sesión semanal durante tres (3) meses.

En tal sentido, determinó el quantum del tratamiento psicológico y psiquiátrico, incluyendo los conceptos de medicamentos y honorarios por sesiones —que integran la reparación plena— y los fijó en la suma total de \$12.000, a valores actuales y conforme la pauta del art. 46 del CPC.

Aclaró, con respecto a la valuación de la "incapacidad psíquica Total y obrera (para el fuero laboral)" que la misma fue cuantificada en el apartado denominado "6.1.1 Incapacidad sobreviniente" dentro del porcentaje allí establecido, referido al daño sufrido.

En relación al daño psicológico de S. D. S. A., la Lic. Sánchez evaluó al niño e informó que el mismo presentaba "Trastorno de Ansiedad Generalizada", recomendando una (1) sesión semanal durante tres (3) meses. En su mérito este rubro lo estableció en \$12.000, a valores actuales y conforme el art. 46 del CPC.

Por otra parte, sostuvo que en la respuesta "c" de la pericia médica, el perito señaló que al Sr. Soto Rojas debía realizarse una resonancia magnética y sesiones de fisioterapia durante tres (3) meses y reiteró idénticas consideraciones en el caso del Sr. S. A. Advirtió que aun cuando las víctimas cuenten con cobertura, igualmente incurren en gastos por lo que valuó el rubro en \$10.000 para cada uno de los reclamantes y de conformidad al art. 46 CPC.

Dio opinión negativa con respecto al rubro "daños en la motocicleta" ya que la parte accionante no aportó pruebas que permitan su cuantificación.

Tuvo en cuenta para estipular el daño moral del Sr. Soto Rojas, la edad de la víctima al momento del siniestro (32 años) el hecho que prestaba servicios para la firma Alberdi SA, específicamente en el sector de carnicería, lo que implicaba el desempeño de la fuerza física y estar de pie durante un tiempo prolongado, lo que se vio frustrado por la incapacidad sufrida, siendo dable presumir que el siniestro causó desasosiego en su espíritu.

Entendió que tales circunstancias repercuten en el plano moral, excediendo las simples molestias o menoscabos espirituales tolerables. Por ello y, en virtud de las facultades que le confiere el art. 46 del CPC, lo valoró en \$150.000.

Ahora bien, con respecto a la determinación del daño moral del Sr. S. A., consideró la repercusión en el plano extrapatrimonial para un niño de doce (12) años, que se encontraba próximo a ingresar a la adolescencia, viéndose afectado en su vida de relación e interacción con sus pares.

Específicamente evaluó la circunstancia de que no pueda desempeñarse en forma regular en la Escuela de Fútbol por la fractura en la rodilla izquierda, lo cual implicó una frustración en el plano moral, causándole molestias que exceden de las tolerables y por otra parte apreció la pericia psicológica (Expte. B-248.458/11: fs. 78/80) que constató que el niño sufrió una angustia y una preocupación extraordinaria, dado que ante el hecho tuvo que redoblar esfuerzos para mantener sus altas calificaciones y continuar siendo el abanderado de la Escuela a la que asistía.

Teniendo en cuenta la plataforma fáctica de cómo ocurrieron los hechos, la entidad del sufrimiento que será de por vida, y en mérito del art. 46 CPC, estableció para el ítem la suma de \$200.000.

Finalmente dijo: “Hemos afirmado, que el conductor de la motocicleta (Sr. Soto Rojas) ha tenido incidencia causal en el accidente de tránsito acaecido en 3 de febrero de 2011 en un 30%, mientras que la Sra. Rioja en un 70%” (sic).

Aclaró que la detracción del 30% procederá únicamente en el caso del Sr. Soto Rojas y no de su hijo, ello por cuanto el primero detentaba el día del hecho el carácter de “conductor guardián” respecto a la motocicleta y en lo que respecta a su hijo ejercía la patria potestad y la responsabilidad sobre el mismo, observando en este sentido que excedió de la simple voluntad del niño —en aquel momento— subirse a una motocicleta en la que transitaban tres personas ya que se encontraba bajo el cuidado y guarda de sus padres quienes debieron evitar colocarlo en riesgo.

Impuso las costas a la parte demandada vencida, y conforme el principio general de la derrota (art. 102 del CPC) y conforme la distribución de responsabilidades efectuada.

Por último, expuso que las costas generadas por los apoderados de la demandada (fs. 96/98) deberán ser soportadas por su cuenta, de conformidad a lo establecido en los arts. 109, 110 y concordantes de la Ley de Seguros N° 17.418 y la propia póliza agregada en autos.

En contra de este pronunciamiento, a fs. 16/27 vta. de autos el Dr. Marcelo R. Fernández, en nombre y representación de Laura Jimena Rioja y Unión Berkley Compañía de Seguros SA, interpone recurso de inconstitucionalidad.

Se agravia expresando que la sentencia que se impugna vulneró derechos que encuentran amparo en la Constitución Provincial, Nacional y en los Tratados Internacionales.

Asegura que el *a quo* otorgó un tratamiento inadecuado a la controversia suscitada, al omitir pronunciarse de acuerdo a las constancias de la causa y a las normas aplicables.

Sostiene que la decisión se apoya en afirmaciones dogmáticas que le dan un fundamento sólo aparente.

Argumenta que el automóvil de la Sra. Rioja al estar estacionado dejó de ser una cosa riesgosa, de allí que resulta inaplicable el art. 1113 del Cód. Civil y ello lleva a la inexorable aplicación del art. 1109.

Alega que la motocicleta del Sr. Soto Rojas no reunía ninguna de las exigencias legales indicadas en la Ley de Tránsito, ni en el Código de Tránsito (art. 12 Ordenanza N° 101/60).

Expresa que la conducta del motociclista fue desaprensiva hacia su persona y terceros, al circular sin casco, carnet, papeles, luces y dos acompañantes.

Manifiesta que no participó de las pericias producidas, por lo que en oportunidad de contestar demanda las impugnó.

Impugna la cuantificación de los daños.

Arguye que para pretender un resarcimiento por los supuestos daños irrogados, no basta la sola invocación, siendo imprescindible arrimar elementos de convicción para que el juzgador los justiprecie.

Indica que el Tribunal excluyó el porcentual de incidencia causal del padre al capital de condena que le corresponde al menor y le atribuyó a la Sra. Rioja el 100% de responsabilidad con relación al último de los nombrados, cuando los daños que sufrió el menor son producto del hecho del padre.

Brinda mayores argumentaciones jurídicas a las que remito en honor a la brevedad. Cita doctrina y jurisprudencia; formula reserva del caso federal y petición.

Corrido traslado de ley, a fs. 49/51 comparece a contestarlo el Dr. Leonardo Quintar, en representación de Daniel Federico Soto Rojas y de S. D. S. A. Solicita su rechazo por los fundamentos que expone, a los que remito para abreviar.

Cumplidos los demás trámites procesales, el Sr. Fiscal General emitió dictamen, aconsejando rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto (fs. 62/66 vta.) por lo que el mismo se encuentra en estado de resolver.

Adelantando opinión, diré que el remedio procesal tentado debe prosperar parcialmente.

Es que, este Superior Tribunal de Justicia viene sosteniendo —inveteradamente— que el vicio de la arbitrariedad, que alcance para descalificar el fallo, debe ser grave y tiene que probarse, y no cabe respecto de sentencias meramente erróneas o que contengan una equivocación cualquiera, si no padecen de omisiones y desaciertos de gravedad extrema, que lo descalifiquen como acto judicial (LA N° 38, F° 1390/1393, N° 534); circunstancias que no advierto en el *sub lite*.

En similar sentido, también expresó que “no puede apelarse a la causal de arbitrariedad para plasmar

meras discrepancias de apreciación con el criterio observado por el inferior en la ponderación de la prueba y en la aplicación del derecho. Los fallos judiciales, es cierto, deben ser fundados y constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias acreditadas en la causa"; "la tacha de arbitrariedad no puede admitirse para corregir en esta instancia extraordinaria sentencias equivocadas o que considera como tal el recurrente por discrepar con la apreciación de las pruebas y la interpretación de las normas de derecho común aplicables al caso. Esta causal no se refiere a tales discrepancias, sino a desaciertos de gravedad extrema que descalifican el fallo como acto judicial" (LA N° 29, F° 398/404, N° 140; LA N° 49, F° 5285/5286, N° 1100; LA N° 53, F° 585/587, N° 195; entre otros).

Por otra parte, y sin perjuicio que lo precedentemente expuesto sería suficiente para desestimar el remedio tentado, estimo conveniente destacar que comparto el criterio empleado por el sentenciante, en cuanto a la distribución de responsabilidades y la concurrencia de culpas, según los elementos colectados en la causa.

En otros términos, el informe criminalístico, croquis ilustrativo, la exposición formulada por Laura Jimena Rioja y las fotografías que lucen en las actuaciones penales, son elocuentes y no dejan dudas con respecto a la concurrencia de responsabilidades.

En efecto, "La culpa concurrente atribuida a las partes tiene su fundamento en la totalidad de los elementos arrimados a la causa y las que llevan a concluir, como acertadamente lo resuelve el juez *a quo*, de que hubo negligencia en el accionar de ambos conductores" (1).

"La ley deja librado al prudente arbitrio judicial el encuadramiento de las distintas situaciones dentro de la norma legal. El magistrado, atendiendo a las particularidades del caso y al riesgo de la cosa o de la actividad desplegada, determinará cuál es el régimen legal aplicable" (2).

Considero, y como lo sostuvo el Ministerio Público Fiscal en su dictamen que "resulta esencial para la asignación de responsabilidad, determinar si la puerta del rodado se hallaba abierta antes del sobrepaso del otro rodado o fue abierta mientras este se apostaba a pasar. Ello impone considerar la presencia de un obstáculo visible para el conductor en circulación, que con la debida diligencia puede sortear evitando el impacto, sea por frenado o por maniobra de esquite, en el primer supuesto. En caso de impacto la asignación de responsabilidad se orienta hacia el conductor de la motocicleta. Si por el contrario, la apertura de la puerta del automotor se realiza en forma intempesti-

va mientras la motocicleta se encontraba en la línea de sobrepaso, la presunción legal opera en contra de este supuesto. Tal supuesto fue debidamente valorado por el Tribunal en su sentencia, al determinar el factor de atribución a cargo de la demandada, que no acreditó la existencia de eximentes de responsabilidad". (sic).

"Siendo así las cosas, sabido es que la total o parcial apertura de la puerta de un automotor que da al sector de la calzada destinado a la circulación vehicular importa crear un obstáculo generador de riesgo". (conf. arg. CNCiv. sala "L" del 25/08/1999 en autos "Gelsomino, José c. Kotas, Eduardo J. s/ sumario") (3).

Ciertamente, es innegable la responsabilidad de la demandada que luego de estacionarse y, sin advertir la presencia de una motocicleta que se disponía a pasar, abrió la puerta izquierda del automóvil en forma repentina e intempestivamente, provocando la caída del conductor y de sus acompañantes.

Reitero, la responsabilidad de Laura Jimena Rioja en el evento dañoso emerge incuestionable. Con seguridad, su conducta determinó la ocurrencia del hecho, pues fue desaprensiva, despreocupándose de las consecuencias que pudiera acarrear tal imprudencia.

Es que, si bien, "las motocicletas son cosas generadoras de riesgo tanto para el conductor como para el medio en que se desplazan, en atención a su agilidad para insertarse en el tránsito, su velocidad, su posibilidad de acceso y paso por lugares limitados para otros automotores y su escasa estabilidad. Por ello sus conductores están obligados a adoptar precauciones aún mayores que las que deben tomar los automovilistas" (4), no puede soslayarse el deber de cuidado y diligencia que incumbía a la Sra. Rioja, esto es, cerciorarse antes de abrir la puerta de su vehículo de que no circulaban otros vehículos, ni personas.

A su vez, no es posible obviar que el Sr. Soto Rojas infringió el Art. 40, inc. g. 2. 2. del Decreto Reglamentario de la ley de Tránsito y Seguridad Vial N° 779/95 que establece que las motocicletas de dos ruedas no deben transportar más de un acompañante, ni carga superior a los 100 kg.

Así las cosas, del acta de inicio obrante a fs. 01 del Expte. penal surge con claridad que el conductor de la motocicleta transitaba en compañía de su esposa y de su hijo; superando el número de ocupantes permitidos por la mencionada normativa.

Por otra parte, el quejoso intenta restar entidad probatoria a los informes realizados por el Dr. Oscar Luis Pérez Heredia a fs. 50/54 y por la Lic. Cristina M.

Sánchez a fs. 79/80 en el Expte. N° B-248.458/11; pretensión que debe ser desestimada.

Debo resaltar que, al rebatir la apreciación de las conclusiones periciales y exponer su versión de los hechos, el reclamante introduce en esta instancia excepcional la pretensión que se efectúe un nuevo análisis del plexo probatorio rendido ante el *a quo*, lo que en principio está vedado a este cimeros Tribunal, "...porque los jueces de la causa son soberanos en la apreciación de esas pruebas, principio que cede cuando esa ponderación fuere absurda o arbitraria..." (LA N° 46, F° 888/889, N° 359); circunstancias éstas que —reitero— no observo configuradas en el *sub lite*.

Los fundamentos del recurrente carecen de entidad para descalificar los informes elaborados por los expertos, constituyendo no sólo una inaceptable reiteración de cada uno de los planteos ensayados al contestar la demanda, sino que su declamación no encuentra asidero en elementos de igual o mayor rigor probatorio, que permitan desvirtuar las conclusiones allí plasmadas.

Al respecto, es criterio sostenido por el Superior Tribunal de Justicia, que: "Por principio, para apartarse de las conclusiones acercadas por el perito, el Tribunal debe hallarse asistido de razones muy fundamentadas, porque si bien es cierto que las normas procesales no acuerdan al dictamen carácter de prueba legal y le permiten al magistrado formar su propia conclusión al respecto, es evidente que su apartamiento de esas conclusiones, en cuanto importan una apreciación crítica en un campo del saber naturalmente ajeno al hombre de derecho, habrá de apoyarse en otros elementos de juicio que permitan concluir el error o el inadecuado uso que el perito ha hecho de sus conocimientos científicos de que ha de suponerse dotado." (LA N° 43 F° 500/503, N° 188).

En relación al agravio que refiere a que el Tribunal excluyó del porcentual de incidencia causal al capital de condena que le corresponde al menor y le atribuyó el 100% de responsabilidad, cuando los daños que sufrió el niño son producto del hecho del padre; debe tener favorable acogida.

Es que, "cuando el daño se produce en virtud de que ha actuado una cosa que presenta riesgo o vicio, los responsables son el dueño o guardián de la cosa que generó el daño, quienes sólo pueden eximirse demostrando que no ha existido o que se ha interrumpido la relación causal entre el hecho de la cosa y el daño ocasionado. El dueño o guardián de la cosa riesgosa o viciosa se liberan total o parcialmente de la responsabilidad si acreditan que existe una causa del perjuicio diferente de la del riesgo creado por las cosas, por ejemplo el comportamiento de la víctima" (5).

Y ello, a la luz de las constancias de la causa se encuentra acreditado.

En tal sentido, entiendo que la conducta del progenitor tuvo incidencia causal en la producción del daño que sufrió su hijo, ya que no sólo lo subió a la moto superando el número de ocupantes permitido por la normativa de tránsito, sino que lo trasladó siendo un niño de doce años de edad y sin el debido casco protector; colocándolo en una situación de extrema peligrosidad por la que hoy debe responder exclusiva y excluyentemente.

Además, "la responsabilidad de los padres por los daños sufridos por sus hijos quedan sujetas a las normas generales de la responsabilidad por el hecho propio o de las cosas o de las actividades riesgosas, según la naturaleza del hecho dañoso, y teniendo en cuenta los deberes especiales que le impone su carácter de progenitores como custodios de los derechos del niño y formadores de él" (6).

En definitiva, los daños sufridos por el niño son resultado del comportamiento negligente de su padre, quien voluntariamente lo introdujo en aquel escenario riesgoso.

En virtud de lo expuesto, considero que ni la asegurada (Laura Jimena Rioja) ni lógicamente la aseguradora (Unión Berkley Compañía de Seguros SA) son responsables por los daños sufridos por el menor (S. D. S. A.) en tanto operó la culpa de un tercero (Daniel Federico Soto Rojas) por quien no deben responder (cfr. art. 1113, segunda parte, del anterior Cód. Civil).

Es que la conducta del padre rompió el nexo adecuado de causalidad entre el daño sufrido por el niño y el hecho producido por la Sra. Rioja.

Consecuentemente, debe admitirse el agravio bajo análisis y revocarse el pertinente punto de condena.

Por último, un breve cometario "obiter dicta". Si bien no sería para el caso de autos, estimo conveniente agregar que el Nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación acogió expresamente a la prevención como una de las funciones de la responsabilidad civil (art. 1710); lo que nos lleva a la firme convicción de que "prevenir es mejor que reparar".

Es trascendental el uso de casco protector en aquellas personas que se desplazan en un ciclomotor, no sólo porque es un deber legal sino porque es una manera de colaborar con aquella función preventiva.

Por lo tanto, entiendo que en los casos de accidentes de tránsito protagonizados por un automóvil y una moto, no puede resultar indiferente la circulación de un motociclista que supera el número de ocupantes

permitido por la normativa de tránsito y que además traslada a uno de ellos sin el debido casco protector.

En definitiva, por todo lo expuesto corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Marcelo R. Fernández, en nombre y representación de Laura Jimena Rioja y Unión Berkley Compañía de Seguros SA. En su mérito, revocar las partes pertinentes de los considerandos y el punto 1° del resolutivo de la sentencia recurrida, el que quedará redactado de la siguiente manera: “1°) Hacer lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia condenar a Laura Jimena Rioja a abonar a Daniel Federico Soto Rojas la suma total de pesos un millón ciento un mil trescientos veintiocho con noventa y cuatro centavos (\$1.101.328,94) en concepto de indemnización por daños y perjuicios; hacer extensiva la condena a ‘Berkley International Seguros SA’ en virtud de la póliza N° ... vigente el momento del siniestro, hasta el límite asegurado”.

Asimismo, y siendo que lo precedentemente dispuesto implica la modificación de la base económica otrora considerada por el *a quo* para regular los honorarios de los profesionales intervinientes, también corresponde revocar el punto 4° del mencionado resolutivo, debiendo volver los autos al Tribunal de origen a fin que practique una nueva determinación de tales emolumentos, con arreglo a los lineamientos aquí sentados (Art. 32, segundo párrafo de la Ley N° 6112).

En cuanto a las costas por esta instancia recursiva, se imponen por el orden causado, atento existir vencimientos parciales y mutuos (Art. 103 del CPC).

Por su actuación en la presente instancia recursiva, se regulan los honorarios profesionales de los Dres. Marcelo R. Fernández y Leonardo Quintar, en las sumas de \$..., \$...; respectivamente.

Los estipendios profesionales se regularon de acuerdo a los siguientes lineamientos de la Ley N° 6112, a saber: en general, apreciando las etapas procesales cumplidas, las complejidad de la cuestión planteada y el resultado obtenido (Arts. 16 y 17) a más del carácter procesal con que intervinieron los profesionales en autos (Art. 15); mientras que, en particular, se tuvo en cuenta los \$1.374.668,17 como el interés comprometido en el recurso, monto sobre el cual se aplicó el porcentual ‘20’ (Art. 23) y de tal resultado se tomó el 30% (Art. 32) para así obtener el importe correspondiente al letrado vencedor, mientras que, para el vencido, un 70% de aquél (Art. 29).

Todas aquellas sumas reguladas devengarán intereses desde la fecha de la presente y hasta su efectivo pago, conforme la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco

de la Nación Argentina; con más el IVA, en caso de corresponder.

Los doctores *Jenefes* y *Otaola*, adhieren al voto que antecede.

Por ello, la Sala I, Civil y Comercial y de Familia, del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, resuelve: 1°) Hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad incoado por el Dr. Marcelo R. Fernández, en representación de Laura Jimena Rioja y Unión Berkley Compañía de Seguros SA; en su mérito, revocar las partes pertinentes de los considerandos y el punto 1° del resolutivo de la sentencia recurrida, el que quedará redactado de la siguiente manera: “1°) Hacer lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia condenar a Laura Jimena Rioja a abonar a Daniel Federico Soto Rojas la suma total de pesos un millón ciento un mil trescientos veintiocho con noventa y cuatro centavos (\$1.101.328,94) en concepto de indemnización por daños y perjuicios; hacer extensiva la condena a ‘Berkley International Seguros SA’ en virtud de la póliza N° ... vigente el momento del siniestro, hasta el límite asegurado”; asimismo revocar el punto 4° del mencionado resolutivo, debiendo volver los autos al Tribunal de origen a fin que practique una nueva determinación de tales emolumentos. 2°) Imponer las costas de esta instancia por el orden causado. 3°) Regular los honorarios profesionales de los Dres. Marcelo R. Fernández y Leonardo Quintar, en las sumas de \$57.736,06, \$82.480,09; respectivamente; importes que llevarán intereses conforme a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, a partir de la fecha de la presente y hasta su efectivo pago; ello, con más el IVA, en caso de corresponder. 4°) Registrar, dejar copia en autos y notificar por cédula. — *Beatriz E. Altamirano*. — *Sergio M. Jenefes*. — *Federico F. Otaola*.

(1) Revista de Derechos de Daños, Accidentes de tránsito III, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 508/509, Santa Fe, 1998.

(2) Alberto J. Bueres, Elena I. Highton, “Código Civil”, p. 519, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

(3) Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/05/19/responsabilidad-del-conductor-del-vehiculo-que-abrio-de-manera-intempestiva-la-puerta-delantera-izquierda-y-lesiono-a-un-motociclista/>

(4) Beatriz A. Areán, “Juicio por Accidentes de Tránsito”, 2, p. 813, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006

(5) Conf. Marcelo J. López Mesa, “Código Civil y leyes complementarias”; T. II, p. 665, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.

(6) Parellada, Carlos Alberto, “Sistema de responsabilidad por daños causados o sufridos por niños o

adolescentes” en Revista Derecho Privado. Año III, N° 10. Ediciones Infojus, p. 205 marzo de 2015, disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/carlos-alberto-parellada-sistema-responsabilidad-danos-causados-sufridos-ninos-adolescentes-dacf150443-2015-03/123456789-0abc-defg3440-51fcanirtcod>.

LEY DE SEGUROS COMENTADA

Waldo Sobrino • Adriel Gava •
Sebastián Cerda



2021



Esta obra
contiene
Códigos QR
con material
adicional.



2 Tomos
Disponibles en
papel y eBook.

El seguro es, sin duda, un instituto que se constituye como un resguardo económico para los asegurados y las víctimas/dañados, que tiene un aspecto social e incluso psicológico: brindar seguridad a la sociedad al permitir a los asegurados mantener una conducta de prevención en sus comportamientos.

Esta obra realiza un análisis interdisciplinario y humanístico con un enfoque novedoso donde el autor coloca sus posiciones doctrinarias, que en gran medida son coincidentes con el nuevo paradigma del Código Civil y Comercial. Cada comentario de la obra contiene no solo la doctrina que el autor desarrolla y analiza, sino también un importante y completo conjunto de citas doctrinarias y de antecedentes jurisprudenciales. Esta publicación está dirigida a todos los profesionales del Derecho, a los estudiosos del tema, aquellos que litigan y a los que administran Justicia, así como también a aquellas empresas que se dedican a la gestión de seguros.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar



Seguí nuestra página
de **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

