

RCyS

REVISTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

DIRECTOR:

ALBERTO J. BUERES

Año XXIV | Número 6 | Diciembre 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 2da. quincena de diciembre de 2022, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

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 6 | Diciembre 2022

ÁREA DERECHO DE SEGUROS:

Stiglitz G.

ÁREA PROCESO DE DAÑOS:

Kiper

ÁREA RESPONSABILIDADES ESPECIALES:

Cafferatta

Galdós

Kraut

López Herrera

Márquez

Vergara

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

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
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
Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

DOCTRINA

La unificación de la responsabilidad civil resarcitoria en el Código Civil y Comercial: de los paralogismos a la aporía <i>Jorge P. Martínez</i>	3
---	---

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

RESPONSABILIDAD DEL ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO Abuso sexual. Imposibilidad de obtener prueba directa. Derechos del niño. Procedencia.	29
Educación emocional en el siglo XXI. La justicia terapéutica <i>José D. Mendelewicz</i>	47

JURISPRUDENCIA

SEGURO DE AUTOMOTOR Robo de vehículo. Legitimación activa para reclamar el cumplimiento del contrato. Titularidad del interés asegurable capaz de recibir el pago. Contrato celebrado por cuenta ajena.	53
VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN JUICIOS DE DAÑOS Y PERJUICIOS Caída de un ascensor en un hospital público. Excepción de prescripción. Responsabilidad contractual con el paciente. Orfandad probatoria. Rechazo de la demanda.	58
HONOR PROFESIONAL Publicaciones injuriosas. Desprestigio de la actividad abogadil. Legitimación del Colegio Público de Abogados. Daño moral colectivo.....	65
CONTRATO DE SEGURO Determinación del riesgo. Validez.	73
MALA PRAXIS MÉDICA Fallecimiento de paciente por ingesta de medicamento. Falta de evaluación del impacto negativo del fármaco. Falta de información sobre las consecuencias del tratamiento.	79
INFRASEGURO Alcances. Prueba.	89
OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA Pago en moneda de curso legal. Facultad conferida por el Cód. Civ. y Com. Cotización aplicable. Dólar MEP.....	95

DOCTRINA

La unificación de la responsabilidad civil resarcitoria en el Código Civil y Comercial: de los paralogismos a la aporía

Jorge P. Martínez (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El artículo 1716 del Código Civil y Comercial: paradigma de la unificación.— III. Continuación: los dos fenómenos distintos que “conviven” en el artículo 1716 del Código Civil y Comercial.— IV. La responsabilidad civil contractual y extracontractual.— V. ¿La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual?— VI. La “responsabilidad contractual” o el olvido de la diferencia entre obligación y contrato.— VII. La responsabilidad extracontractual o “las cosas no responden a sus nombres”.— VIII. Retorno a la confrontación con el texto de uno de los codificadores.— IX. Los fundamentos de la unificación de la responsabilidad civil resarcitoria.— X. Continuación: el propósito de los codificadores de unificar “claramente los supuestos que han generado dificultades serias”.— XI. La propuesta para superar la aporía.— XII. A modo de cierre.

I. Introducción

El título exhibe, al destacar la existencia de una aporía en un cuerpo normativo (Código Civil y Comercial de la Nación), un paralogismo que corresponde, para salir de la inesperada paradoja, superar. No cabe, en efecto, suponer que el legislador haya actuado con inconsecuencia o imprevisión al dictar el Cód. Civ. y Com. En efecto, este debe interpretarse evitando darle un sentido que coloque en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y las deje a todas con valor y efecto (1).

(*) Abogado (UNLP); profesor de posgrado (Daños I y II) en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP); profesor de grado, en la misma facultad, de Derecho Privado II y en la Facultad de Ciencias Económicas (UNLP) de Derecho II; director de la Comisión de Derecho de los Consumidores y Usuarios de la Secretaría de Extensión, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP); conjuex de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

En el último punto, antes del cierre, presentaré, impregnado de tales enseñanzas, una interpretación que intentará disolver (superar) la aporía que señala, no sin asombro, este discurso. La estrategia expositiva de este artículo tendrá, aclarado lo anterior, tres partes. A saber:

En la primera se mostrará la norma que recepta la unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual o, mejor precisado, el sistema unificado de la responsabilidad civil resarcitoria. El art. 1716 del Cód. Civ. y Com. une, en rigor, a dos hechos distintos que no se corresponden con la prédica constante acerca de la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual. He aquí el paralogismo de la extrapolación.

(1) SCBA, 27/05/2008, “Tonelli”; entre muchas otras. En el mismo sentido: Fallos 330:1910, “Ramos”, consid. 2º y sus citas.

El análisis y la valoración del art. 1716, a partir de la contradictoria y paradójica consideración del incumplimiento de la obligación como hecho ilícito nos deja, al recordar su regulación en la teoría general de la obligación (arts. 724, 730 y ccds., Cód. Civ. y Com.), en el umbral de la aporía. Ingresamos en ella al compás de la repetición acrítica de los importados y confusos sintagmas (responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual) que lucen unificados. Así se repite como un vacío mantra que oculta —y, por tanto, infringe— las “palabras de la ley” (art. 2º, Cód. Civ. y Com.).

En la segunda se presentan, no sin acritud, nuevos paralogismos que son hijos del eurocentrismo o, mejor dicho, de la afrancesada doctrina autorial. En pocas palabras, la reiterada interpretación de nuestro Código Civil originario con categorías que provienen de otro cuerpo —y contexto— normativo ha provocado numerosos malentendidos que persisten hasta hoy. He aquí —entiendo— la falacia de desubicidad.

Las razones en las que abreva la falacia pueden encontrarse en el filósofo Dussel, notable crítico del eurocentrismo y de la modernidad, quien nos alerta sobre el cultivo de un creciente desprecio por lo propio (2) (en el caso: nuestro Cód. Civil originario). La antropóloga Segato, en sintonía con el gran filósofo, ha destacado “la permanente colonialidad del poder y del saber, [d]el eurocentrismo como forma de dominación intelectual que corroe nuestras escalas de valores y nuestra forma de enseñar en las escuelas y universidades” (3). Es que “en la estricta división mundial del trabajo intelectual, somos consumidores pero nunca productores de pensamiento, de categorías teóricas (...). Pensar es para el Norte, repetir es para el Sur” (4).

En la última parte presentaré una interpretación, anclada en los nobles principios y valores que informan al Cód. Civ. y Com., para superar la denunciada aporía.

(2) DUSSEL, Enrique, “Filosofías del Sur. Descolonización y transmodernidad”, Ed. Akal, Buenos Aires, 2020, 1ª ed., p. 23.

(3) SEGATO, Rita, “Contra-pedagogías de la crueldad”, Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., p. 18.

(4) *Ibidem*, p. 88 y *passim*.

II. El artículo 1716 del Código Civil y Comercial: paradigma de la unificación

Dicho artículo inaugura la sección tercera denominada “función resarcitoria” de la responsabilidad civil. Es importante alertar, en primer lugar, que una auténtica reflexión metodológica (5) nos muestra que estamos en el tít. V, “Otras fuentes de las obligaciones”.

El artículo, en efecto, señala: “*Deber de reparar*: La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”.

Dos fenómenos *dan lugar (6) a la reparación del daño causado* o, expresado de otro modo, dos hechos idóneos —unificados— producen la obligación de reparar, estos son:

i) la violación del deber de no dañar a otro (7): cuando se daña a la persona, su patrimonio o los bienes comunes/colectivos nace la obligación, si el juicio de existencia es “afirmativo”, de reparar; y

ii) el incumplimiento de una obligación: cuando se daña —en este supuesto al incumplir una obligación—, si el juicio de existencia es “afirmativo”, nace la obligación de reparar, ¿nace la obligación de reparar? (8).

En otras palabras, dos fenómenos distintos, separados por la existencia de la obligación y unidos en la causa/fuente responsabilidad civil resarcitoria, resultan la “causa” del “efecto” obligación. La violación del deber de no dañar a otro,

(5) HEIDEGGER, Martín, “Ser y tiempo”, Ed. Universitaria, Santiago de Chile, 1997, 1ª ed., p. 322.

(6) Se ha enseñado que “la palabra ‘da-lugar-a’ (...) design[a] la esencia de la causalidad pensada por los griegos” (HEIDEGGER, Martín, “Filosofía, ciencia y técnica”, Ed. Universitaria, Santiago de Chile, 1997, 3ª ed., p. 119). Aquí, en este artículo, evidencia el nacimiento de la obligación (de reparar).

(7) Puede leerse, para pensar en “los nuevos otros del no dañar”, a DE LORENZO, Miguel E., “Repensar al ‘otro’: reflexiones sobre el derecho civil”, RCyS 2019-VI, 3.

(8) La pregunta hunde sus raíces en el aparato conceptual que se desprende de los arts. 724, 730, 743, 777, 955 y ccds., Cód. Civ. y Com.

por un lado; o el incumplimiento de una obligación, por otro, se exhiben —según la norma de marras— como “hechos idóneos para producir” la obligación (conf. arts. 724 y 726, Cód. Civ. y Com.). Ejemplos: matar a una usurera o no pagarle el préstamo (9) son las conductas, claramente diferentes, que une la norma en la fuente de responsabilidad civil resarcitoria.

Para que el juicio de existencia resulte “afirmativo” se requiere, de más está decirlo, la presencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil resarcitoria. Por el contrario, la presencia de algunas de las circunstancias eximentes o, lo que es igual, la ausencia de algunos de los presupuestos de la responsabilidad civil, determinará un juicio de existencia “negativo”. En el primer caso, nacerá la obligación y en el otro, naturalmente, no.

En suma, dos hechos distintos (10) estructuran la responsabilidad civil resarcitoria que exhibe el Cód. Civ. y Com.: i) la violación del deber de no dañar a otro y ii) el incumplimiento de una obligación. Los presenta unificados y como “idóneos” para producir “algo” distinto, vale decir a la obligación cuya teoría general, autónoma e independiente de sus causas (fuentes), se despliega en el tít. I “[o]bligaciones en general” del Libro tercero “[d]erechos personales”, desde el art. 724 al 956 del Cód. Civ. y Com.

III. Continuación: los dos fenómenos distintos que “conviven” en el artículo 1716 del Código Civil y Comercial

El deudor de una suma de dinero —o de cualquier otra cosa— debe cumplirla. Debe, pues, desplegar el comportamiento esperado por su acreedor para proporcionarle el bien que le es debido para satisfacer, en consecuencia, su in-

(9) Los ejemplos remiten al estudiante de derecho (Rodion Románovich Raskólnikov) que realizara tales acciones en la célebre novela decimonónica “Crimen y castigo” (DOSTOYEVSKI, Fiodor, M., en *Obras completas*, Ed. Aguilar, Madrid, trad. Rafael Cansinos Assens, t. II, ps. 17-399).

(10) No tan distintos, en rigor: es que, si la obligación nacida de la violación del deber de no dañar se incumple, tal incumplimiento queda comprendido en el campo de aplicación de la norma. Se observa, en tales circunstancias, el mismo hilo conductor que une a los hechos (no tan) distintos. Asoma, en las oraciones anteriores, la circularidad de la (aporética) norma.

terés lícito. Si no paga, el acreedor podrá ejecutar los bienes del deudor para procurarse aquello que debió entregarle y/o para lograr la satisfacción de su menoscabado interés lícito (conf. arts. 730, 743 y ccds., Cód. Civ. y Com.).

Vale decir, el deudor, al no pagar, se convierte, al ingresar la obligación en la etapa de la responsabilidad, en *responsable*. Es que los bienes que integran la garantía patrimonial respaldan al acreedor frente a la falta de pago. En pocas palabras, el deudor responde, no pago mediante, con “todos sus bienes (presentes y futuros)” o, lo que es igual, con el patrimonio afectado al cumplimiento de sus obligaciones (conf. arts. 242 y 743, Cód. Civ. y Com.).

Algunos autores, sin embargo, postulan, al compás de la anunciada unificación de la *responsabilidad contractual y extracontractual* (11), que el incumplimiento es un hecho ilícito. La vaga asimilación provoca un sorprendente desplazamiento conceptual cuya doble vía nos deja en la intemperie de la confusión. Es que, por un lado, matar, lesionar a una persona, etc. (incuestionados hechos/actos ilícitos) quedan recubiertos en el Cód. Civ. y Com. por la vaguedad del sintagma “no dañar”; y, por otro lado, se denomina, propiciando una extraña mezcla de ideas, “hecho ilícito” al fenómeno de no pagar una obligación (12).

En los fundamentos del anteproyecto, cuando se analiza “la problemática del incumplimiento”, este es considerado, también, un hecho ilícito. Las dos tesis que se reseñan —“de la autonomía” y “de la unidad”— lo califican, pues, así (13). La consecuencia de tal pensar se empoza en la norma (art. 1716, Cód. Civ. y Com.) en tanto lo considera un hecho idóneo que produce (“da lugar”) a la obligación.

(11) No es correcta esta afirmación. Se ha unificado, en rigor, la violación del deber de no dañar a otro y el incumplimiento de una obligación. La lectura del art. 1716, Cód. Civ. y Com., lo pone, sin más, de relieve (conf. art. 2º, Cód. Civ. y Com.).

(12) Recuerdo —en el instante de estas líneas— que este mes cometí un “hecho ilícito” pues todavía no pagué las vencidas expensas del estudio.

(13) “Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 563-564.

Este discurso entiende, al compás del propio Cód. Civ. y Com., lo contrario a lo aseverado en este tramo por los codificadores: el no pago, el incumplimiento, prolonga la vida de la obligación y la *convierte*, generalmente (14), en una obligación más enérgica desde varios puntos de vista:

i) desde la perspectiva de la prestación (objeto de la obligación) pues ahora, en el tiempo del incumplimiento, el deudor deberá la suma de dinero más los intereses (15);

ii) bajo el prisma de los sujetos de la obligación, el acreedor “actualizará” sus facultades/poderes de agresión patrimonial, de exigencia coactiva del pago; y

iii) por su lado, el deudor, su patrimonio, deberá tolerar la ejecución de los bienes que integran, precisamente, la garantía patrimonial (conf. arts. 242 y 743, Cód. Civ. y Com.).

Dicho de otro modo, la relación jurídica obligacional, no pago mediante (incumplimiento), pasa a su segunda etapa (16), “cae” en la fase coactiva; se convierte en su caída, por la adición de los intereses moratorios debidos (conf. art. 768, Cód. Civ. y Com.), y va inexorablemente en busca de su muerte coactiva —ejecución de los bienes— ante el fracaso de su muerte natural —pago—.

Las dos etapas mencionadas están presentes, conviene recordarlo, en la definición de *obligación* (art. 724) que trae el Cód. Civ. y Com. En los fundamentos, la misma comisión redactora aclara, explícitamente, que la referida definición

(14) Puede, en ciertos excepcionales casos, no ser así. Es decir, el no pago, en algunos supuestos de obligaciones contractuales, tal vez no ocasione daños a los acreedores y, por lo tanto, nada podrán ejecutar. Ejemplos de falta de pago sin perjuicios para los acreedores de obligaciones contractuales pueden leerse en TELLES GALVÃO, I., “Direito das Obrigações”, Wolters Kluwer, Coímbra, 2010, 7ª ed., reimp., p. 373.

(15) Esto es así en las obligaciones de dar sumas de dinero en tanto no existe la posibilidad del no pago total, absoluto, definitivo. Es que el interés del acreedor, en la suma de dinero, puede satisfacerse, de más está decirlo, siempre.

(16) Es muy útil, para comprender (al menos parcialmente) el ser de la obligación, recuperar la teoría del *Schuld-Haftung*, de la deuda-responsabilidad o garantía.

“pone de manifiesto los rasgos más relevantes de la figura y remarca, además, la verdadera estructura institucional de la obligación, en la que, armónicamente, aparecen el *débito* y la *responsabilidad* como tramos de una misma relación obligatoria” (17).

Ahora bien, esta manera de presentar en el Cód. Civ. y Com. al incumplimiento, es decir como “hecho ilícito”, introduce la incoherencia y la contradicción en el seno del propio Cód. Civ. y Com. en tanto este regula el mismo fenómeno jurídico (no pago, incumplimiento) en dos regiones ópticas (obligaciones en general y responsabilidad civil) claramente distintas.

La ilogicidad resulta ostensible en tanto se unen a los hechos ilícitos (delito: p. ej., matar; cuasidelito, p. ej., dueño o guardián de un automóvil que embiste a un peatón y le provoca lesiones graves) con el incumplimiento, no pago, inejecución de las obligaciones. Un abismo separa o diferencia los hechos (violación del deber de no dañar a otro e incumplimiento de una obligación) que incorrectamente se unifican en el art. 1716 del Cód. Civ. y Com. No salva esta incoherencia la afirmación, no menos ilógica (unificación mediante), de la subsistencia de diferencias (18) entre ¿la responsabilidad contractual y la extracontractual?

Intento, para fundamentar la crítica anterior, retornar a la claridad, coherencia, de nuestro codificador originario. No pagar, incumplir, es uno de los efectos de las obligaciones (conf. arts. 505 y ccds., Cód. Civil derogado; 730, 777 y ccds., Cód. Civ. y Com.). Estos, los efectos, pueden resumirse en dos palabras: cumplimiento e incumplimiento o, lo que es igual, pago y no pago, realización o no realización de la obligación (que incluye, claro está, la falta del acreedor al rehusar el pago —conf. art. 886, párr. 2º, Cód. Civ. y Com. —).

En apretada síntesis, la obligación puede pagarse —en tal caso su extinción es natural, espontánea— o no pagarse —se abre, entonces, la pesada puerta de la extinción coactiva—; y tales

(17) “Código Civil y Comercial de la Nación”, ob. cit., p. 507.

(18) Fundamentos citados, p. 563.

son —como se ha dicho (19)— las dos grandes alternativas en las que puede desembocar, desde la perspectiva del deudor (20), la obligación.

Es importante agregar, en este punto, que la doctrina discute acerca de la naturaleza de la transformación operada en la obligación cuando esta se incumple. En efecto, para algunos autores se produce una verdadera novación (por cambio de objeto). Otros, por el contrario, sostienen que se trata de la misma obligación, pues la primera no se extingue, ni concurre, en la especie, el necesario *animus novandi*.

Wayar, al respecto, transcribe la tesis de Llamabías sobre la novación legal y enfatiza que “[e]s innegable que se produce una verdadera extinción de la obligación principal y de sus accesorios (art. 803) y que al mismo tiempo nace una nueva obligación, que no es secuela o ‘efecto’ de la primitiva, sino que su causa—fuente es el incumplimiento imputable” (21).

He aquí una cuestión esencial que divide las aguas en la doctrina autoral. Algunos beben del turbio manantial del nacimiento de una nueva obligación; y otros postulan que, en verdad, se trata de la misma obligación que no ha sido pagada y que ha caído, en consecuencia, en su fase coactiva. Es cuanto menos sorprendente que el Cód. Civ. y Com. recepte, en regiones diferentes, las dos opuestas tesis.

En efecto, por un lado, en el art. 1716 se recepta la tesis de la nueva obligación que produce el incumplimiento de la obligación. Por otro lado, en los arts. 724, 730, 743, 955 y ccds., se despliega la tesis de la misma obligación que al incumplirse pasa a la fase coactiva (responsabilidad patrimonial). Esta doble recepción, y naturalmente doble

(19) DIEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del derecho civil patrimonial”, Ed. Civitas, Madrid, 1996, 5ª ed., vol. II, “Las relaciones obligatorias”, p. 470.

(20) Es decir, si se incluye al acreedor (su inclusión resulta, en verdad, insoslayable) en el análisis de la obligación corresponde presentar otra alternativa, es decir: el no pago porque el acreedor no acepta la oferta —de pago— de su deudor. La segunda etapa (región anormal) puede escindirse, por lo tanto, en dos momentos distintos. Los analizo en: MARTÍNEZ, Jorge P., “El concepto normativo de la obligación”, LA LEY 2015-A, 656.

(21) WAYAR, Ernesto C., “Derecho civil. Obligaciones”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990, 1ª ed., t. I, p. 515.

regulación, provoca una aporía que debemos, al compás de la hermenéutica, superar.

La tesis de la obligación incumplida (no pagada) que cae en su fase coactiva es —creo entender—, la correcta (22). Detener el pensar en las siguientes razones persuade acerca de la elección anterior.

En efecto: *Primero*, los sujetos de la obligación siguen siendo los mismos, aunque ahora, en el instante del incumplimiento, modificados por tal fenómeno: el acreedor deviene víctima y el deudor/victimario responsable. *Segundo*, el mismo objeto debido (la obligación no pagada) se modifica, también, por tal fenómeno: v.gr., el deudor responsable debe, incumplimiento mediante, la cosa —o el precio de la cosa— más los daños (conf. arts. 724, 730, 955 y ccds., Cód. Civ. y Com.). *Tercero*, el incumplimiento (no pago) de la obligación no es un hecho idóneo que la produzca (conf. art. 726, Cód. Civ. y Com.), es decir no es una fuente de las obligaciones (23). *Cuarto*, no nace un nuevo vínculo jurídico del incumplimiento, es decir la misma relación jurídica (obligación), se convierte por el incumplimiento y cae en su región anormal, forzada, coactiva (arts. 724, 730, 743, 777, 955 y ccds., Cód. Civ. y Com.).

La opacidad de la otra tesis engendra galimatías como este: el incumplimiento (inasible Proteo) es un hecho ilícito que extingue la obligación —y sus accesorios!— y provoca el nacimiento de otra porque opera la novación legal. *Incumplimiento -hecho ilícito -novación legal*: extraño y confuso tríptico que se enuncia, entre la muerte y la vida de la obligación, para describir las consecuencias de la simple falta de pago y que, por ende, nos hunde irremisiblemente en la oscuridad conceptual. El art. 1716 del Cód. Civ. y Com. es hijo de tal oscuridad.

(22) En tal sentido, puede verse: PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., “Manual de obligaciones”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, 1ª ed. revisada, t. II, p. 189.

(23) Para superar esta sencilla verdad se introduce la vaga y confusa calificación de “hecho ilícito”. Los actos/hechos ilícitos —delitos, cuasidelitos— resultaban, ciertamente, fuentes de las obligaciones en el Cód. Civil derogado (tít. VIII y IX, de la Secc. 2ª del Libro Segundo).

IV. La responsabilidad civil contractual y extracontractual

Los sintagmas (*responsabilidad contractual* - *responsabilidad extracontractual*), su superficial proximidad (semejanza) y su ligera —por la presencia del prefijo “extra”— diferencia, han introducido, en el derecho privado argentino, malentendidos que perviven en el Cód. Civ. y Com. (24). Las voces (25) que repiten acríticamente que se ha unificado la responsabilidad contractual y extracontractual (26) encubren dos hechos radicalmente diferentes (p. ej., no pagar una suma de dinero vs. matar). Tales hechos —entendiéndose— deben interpretarse (comprenderse) de un modo, también, enteramente distinto.

No es razonable unificar lo que está separado en la experiencia, en las conductas interferidas intersubjetivamente (Cossio) y en las normas (parcialmente). En otros términos, los presupuestos para analizar las consecuencias de tales hechos jurídicos no pueden ser los mismos, no son los mismos. Los separa, en los ejemplos de ficción señalados *supra*, la radical imposibilidad de la existencia, es decir la muerte.

La textura abierta del lenguaje, su vaguedad —ambigüedad, ha permitido una dogmática asimilación de los criticados —por este discurso— sintagmas y su repetición acrítica —el “uno” perdido en la “habladuría”, en la “curiosidad” y en la “ambigüedad” (27)— de tal inconsistente iguala-

(24) Intento mostrarlo en: MARTÍNEZ, Jorge P., “La unificación de la responsabilidad civil. El ocaso de la obligación”, Ed. Académica Española, 2019, 1ª ed.

(25) Entre otros: PICASSO, Sebastián, “La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Sup. Esp. Nuevo Cód. Civ. y Com.* 2014 (nov.), p. 151; SAGARNA, Fernando A., “Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros. En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Sup. Esp. Nuevo Cód. Civ. y Com.* 2014 (nov.), 143; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La responsabilidad civil profesional en el nuevo Código”, LA LEY 2015-B, 834; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La responsabilidad contractual y extracontractual. Unificación en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV, 31; GAGLIARDO, Mariano, “Delimitación y contenido de la responsabilidad (civil)”, LA LEY 2020-A, 951.

(26) También se lee en los fundamentos, cit., p. 563.

(27) HEIDEGGER, Martín, “Ser y tiempo”, ob. cit., ps. 190-197.

ción, sembró una extendida confusión y cerró las puertas a una auténtica comprensión.

Sorprende el alegado consenso (28) que supuestamente existe en la doctrina, arrojada en la cotidianeidad de su “Ahí” (29), para igualar la falta de pago con el delito; el incumplimiento con los hechos ilícitos; la responsabilidad contractual con la responsabilidad extracontractual (30).

Las diferencias surgen claramente (31) y pueden advertirse si el pensar se detiene en los protagonistas del Derecho, mejor precisado, de la relación jurídica obligacional y de las fuentes, “hechos idóneos”, que la producen (art. 726, Cód. Civ. y Com.). El binomio esencial (deudor/acreador) existe —no se discute su existencia, aunque alguno esté momentáneamente indeterminado— en toda obligación. “Deudor -acreador” son palabras relacionales que nombran a los protagonistas principales de la relación jurídica obligacional.

El referido par (binomio esencial) no existe, antes bien, se origina, nace: i) en el caso de los delitos (ahora, según el Cód. Civ. y Com., responsabilidad civil resarcitoria), del autor-victimario (deudor) y de la víctima (acreadora); ii) en el supuesto de los contratos, de más está escribirlo, de los contratantes; y iii) en el pago de lo indebido, de la persona que pagó de más (acreadora) y de la persona que se benefició (deudor) con tal pago; etcétera —que incluye, naturalmente, a todas las fuentes de las obligaciones—.

Por lo tanto, si se piensa en los sujetos de la relación jurídica obligacional, en la necesidad de su determinación-existencia para abrir el universo de la obligación, se patentiza la diferencia que separa las conductas que interfieren en forma intersubjetiva en la falta de pago (incumplimiento) de aquellas otras que interfieren en el delito (responsabilidad civil resarcitoria).

(28) En los fundamentos del citado anteproyecto se destaca que “existe uniforme opinión doctrinal”.

(29) HEIDEGGER, Martín, “Ser y tiempo”, ob. cit., ps. 197 y ss.

(30) Esta progresión exhibe el descenso conceptual que nos hunde en la aludida confusión.

(31) Y no la ignora la comisión redactora del nuevo Código Civil y Comercial.

En el primer caso, están claramente determinados los sujetos (p. ej., el deudor moroso y el acreedor insatisfecho) mientras que, en el segundo, la comisión de un delito puede —no siempre es así [p. ej., en los crímenes perfectos (32)]— originarlos. En efecto, en los delitos y cuasidelitos (33) resulta imprescindible realizar un juicio de existencia para saber, en suma, si existe —o no— la responsabilidad civil (hecho idóneo) que provoca el nacimiento de la obligación.

El aludido “algo más” juega un papel distinto en ambos casos (obligación que no se paga vs. obligación que nace del delito) pues la obligación que no se extingue de muerte natural (pago) se diferencia radicalmente, claro está, de la obligación que no existía, que acaba de nacer y que puede, va de suyo, extinguirse a través del pago.

La obligación que no se cumple [mal llamada: responsabilidad contractual (34)] y la obligación que nace (de los hechos ilícitos; mal denominada: responsabilidad extracontractual) habitan, como se ve, regiones distintas del “ser” obligación, de ahí sus inexorables, e insuperables, diferencias.

Es que, en efecto, en la primera hipótesis, el “algo más” no jugará en el campo de los sujetos de la obligación, pues —al fin y al cabo— deudor y acreedor seguirán siéndolo, aunque ahora modificados por la “caída” de la obligación, por el no pago, en su fase coactiva (conf. arts. 724, 730, 743, 777, 955 y ccds., Cód. Civ. y Com.).

El deudor será, en consecuencia, responsable y el acreedor podrá “actualizar” la potencia que anida en su crédito y agredir patrimonialmente al responsable (deudor) del no pago (incumplimiento). En el segundo caso, el “algo más” impone realizar un juicio de existencia para indagar si efectivamente nació la obligación (resarcitoria) en tanto si no existen personas damnificadas

(32) Pueden leerse tres ejemplos en la interesante entrevista, “Ante la ley”, al escritor alemán Ferdinand Von Schirach (*Página/12*, supl. Radar Libros, 19/02/2012, ps. 25-27).

(33) Mal denominados “responsabilidad extracontractual”.

(34) El reciente Código Civil y Comercial la denomina, con acierto, incumplimiento de la obligación (v.gr., arts. 724, 1716 y ccds.).

no podremos, de más está escribirlo, ingresar en el mundo de la obligación.

La existencia de la obligación, por un lado, y su no existencia, por el otro, determinan, asimismo, juegos muy distintos entre sus elementos esenciales. En el primer supuesto, se deberá analizar y valorar, ante el fenómeno del no pago, cómo este repercute en el comportamiento debido por el deudor. La obligación caída en su fase coactiva preguntará si es posible aún el pago, si está interesado el acreedor en él (35); y si responde que no, el deudor deberá responder patrimonialmente ahora, conversión (modificación) del objeto de la obligación mediante, de los daños e intereses (derivados, precisamente, de la falta de pago) (36).

En la determinación de los daños e intereses resulta esencial la obligación que no se pagó, vale decir si esta es una suma de dinero muy claro está que el deudor—responsable deberá la prestación original (capital) más los intereses devengados, precisamente, por no pagarla en el tiempo propio de su cumplimiento (conf. art. 768, Cód. Civ. y Com.).

Ahora bien, cuando no existe la obligación, no existen, va de suyo, sus elementos. El “algo más” impone, por lo tanto, su búsqueda; y su encuentro permite el ingreso en el universo de la obligación, de su teoría general autónoma e independiente. Se deberá, sentada la autoría del ilícito, encontrar a la persona damnificada —o a las personas—, se deberá determinar lo realmente dañado, es decir, los daños causados por el delito; etcétera.

En síntesis, existen hondas o profundas diferencias entre no pagar una obligación y cometer un delito o, mal expresado, entre la *responsabilidad contractual* y la *responsabilidad extracontractual*. Es incorrecto preguntar si sus elementos son los mismos, toda vez que en la segunda hipótesis —delitos— la obligación aún no ha nacido y se debe realizar, por ende, un juicio de existencia

(35) Tales preguntas resultan impertinentes en el ámbito de las obligaciones que tienen por objeto la entrega de una suma de dinero.

(36) Si contesta que sí, el deudor deberá el objeto de la obligación (cumplimiento *in natura*) más los daños causados por no pagarla en tiempo propio.

para buscarlos, encontrarlos y precisarlos. Hay que pensar, explicar, y tratar de un modo muy diferente al no pago (futuro de la obligación) y a las fuentes (pasado de la obligación), entre ellas los delitos/cuasidelitos (responsabilidad civil resarcitoria), de las obligaciones.

V. ¿La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual?

Si el pensar retiene lo explicitado en el punto anterior, vale decir si se medita sobre los dos fenómenos que habitan en la norma tímidamente comentada, violar el deber de no dañar a otro, por un lado; o incumplir una obligación, por otro.

Si se busca, además, en la realidad (fenómenos) tales conductas, por ejemplo: i) los múltiples daños que provocan los automotores (violación del deber de no dañar desde que, está de más decirlo, en tal fenómeno no se incumple ninguna obligación); o ii) los deudores que no pagan (incumplen) sus obligaciones (que nacen de múltiples fuentes: contratos, responsabilidad civil, gestión de negocios, empleo útil, etc.).

Si no desaparece del horizonte del pensar las palabras de la norma y las escuchamos respetuosamente (conf. art. 2º, Cód. Civ. y Com.). Entonces, sentados tales “sí-es”, irrumpir la pregunta de este punto en todo su esplendor de incompreensión. ¿Qué es lo que se unificó?

¿Y las palabras de la ley (art. 2º, Cód. Civ. y Com.)? ¿Y la violación del deber de no dañar a otro? ¿Y el incumplimiento de una obligación? Otra vez: ¿qué es lo que se unificó?

Las preguntas abren, como toda pregunta, una búsqueda. ¿En dónde encontrar la respuesta? ¿En el reciente Código? ¿En sus fundamentos que postulan, dicho sea de paso, una “unidad” con “diferencias que subsisten” —y que impugnan, inadvertidamente, la ilógica “unidad”—? ¿En la reiterada opinión de la doctrina autoral?

Este discurso, con un ineludible tono crítico, elige el texto del primer artículo que se publicó en nuestro país, por uno de los codificadores, sobre la referida unificación (37). El artículo, como se lee en el sumario, está dividido en seis puntos,

(37) PICASSO, Sebastián, ob. cit., p. 151.

a saber: “I. Introducción. II. Dualismo y monismo. III. El régimen del Código de Vélez. IV. El sistema del nuevo Código Civil y Comercial. Aspectos que se unifican. V. Las diferencias que subsisten. VI. Conclusiones”.

Ahora bien, sin perder de vista su propio entramado argumental, estas líneas intentan mostrar algunos de los errores más significativos (paralogismos) del aludido texto. El análisis está centrado, naturalmente, en la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual. O, mejor dicho, en el intento de comprender cómo una norma que se refiere a la unificación de la violación del deber de no dañar a otro con el incumplimiento de una obligación (conf. art. 1716, Cód. Civ. y Com.) se interpreta de otro modo, esto es como la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual.

En la introducción leemos que “con el nuevo código, la Argentina cuenta con una legislación de avanzada en esta materia”. Sin embargo, uno de los más célebres juristas del derecho continental europeo señaló: “*la unificación es un error, ya nadie piensa en ella, es un tema superado*” (38). La afirmación del jurista argentino no es, huelga decirlo, compartida.

En el punto II el autor reseña el “dualismo” que devino, a la postre y por arte de birlibirloque (esto es sin reformar el Cód. Civil originario supuestamente dualista), en “monismo”. Este punto exhibe, a partir del segundo párrafo, tramos discursivos inobjetables en relación con la glosa del derecho francés (responsabilidad contractual, extracontractual, obligación de seguridad, etc.) y su importación/asimilación acrítica. Comienza así: “Los orígenes de la distinción entre el incumplimiento de los contratos [o de las obligaciones (39)] y el acto ilícito como *fuerza de la res-*

(38) Esa fue la categórica respuesta de Miquel Martín-Casals a la pregunta (¿qué piensa de la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual?) de un alumno argentino. Ocurrió en un curso, en la ciudad de Toledo (España), impartido durante el mes de enero de 2015, sobre “La responsabilidad civil contractual y extracontractual”.

(39) Luce incorrecta, a la luz del método del Cód. Civil derogado, esta vaga asimilación. Es que, al presentar una teoría general de la obligación, Vélez reguló el incumplimiento de una obligación con autonomía e independencia de la fuente que provocó su nacimiento (contratos,

ponsabilidad (40) pueden rastrearse hasta el derecho romano, donde la tradicional clasificación de las *fuentes de las obligaciones* se estructuró en un primer momento en torno a la distinción entre *contractus*, por un lado, y *maleficia* o *delicta*, por el otro [...]. Los códigos decimonónicos, partiendo del modelo francés, consagraron distintas normas a cada uno de los dos sectores de la responsabilidad, y establecieron relevantes diferencias de regulación entre cada uno de ellos” —énfasis agregado—.

En la primera oración aparecen tres paralogismos:

i) En primer lugar, la asimilación, al distinguirlos del acto ilícito, del incumplimiento de los contratos con el incumplimiento de las obligaciones. Resuena, en esta equívoca asimilación, el defectuoso método del *Code* que criticara, con vehemencia, Vélez Sarsfield. Es patente, en el método del Cód. Civil derogado, la diferencia entre incumplir un contrato e incumplir una obligación o, mejor precisado, en el no pago de la obligación quedan incluidos todos los supuestos, vale decir las obligaciones nacidas de cualquier fuente (no solamente del contrato) que, naturalmente, pueden incumplirse.

En efecto, al presentar una teoría general, Vélez reguló el incumplimiento de una obligación con autonomía e independencia de la fuente que determinó su nacimiento (contratos, hechos ilícitos, enriquecimiento sin causa, declaración unilateral de la voluntad, ley). La asimilación (incumplimiento de un contrato = incumplimiento de una obligación) hunde sus raíces en el Código francés y resulta equívoca (falacia de desubicuidad) porque le cierra la puerta al incumplimiento de las obligaciones que nacen de las otras fuentes.

hechos ilícitos, enriquecimiento sin causa, declaración unilateral de la voluntad, ley). La asimilación (incumplimiento de un contrato = incumplimiento de una obligación) hunde sus raíces en el Código francés y resulta equívoca (falacia de desubicuidad) porque le cierra la puerta al incumplimiento de las obligaciones que nacen de las otras fuentes.

(40) *Rectius*: de la obligación. La responsabilidad civil es, no está de más recordarlo, una de las fuentes de las obligaciones en el Cód. Civ. y Com. En uno de los modos de ser (resarcitorio) que exhibe la responsabilidad civil (fuente de las obligaciones), ha reemplazado a los hechos ilícitos (delitos/cuasidelitos) del Cód. Civil derogado.

equívoca [falacia de desubicuidad (41)] en tanto soslaya, precisamente, a la teoría general de la obligación. La teoría general de la obligación no admite que se escriba sobre el incumplimiento de una obligación nacida de una fuente en particular (p. ej., contrato).

ii) En segundo lugar, la referencia a las fuentes de las obligaciones en cuya tradicional clasificación resultan, ciertamente, preeminentes los contratos y los hechos ilícitos. El “dualismo/monismo” mencionado por el autor resulta un tema ajeno, importa destacarlo, a las fuentes de las obligaciones. Es evidente el inadvertido —por el autor— desplazamiento conceptual desde las fuentes de las obligaciones a la responsabilidad civil o, mejor precisado, desde la responsabilidad civil a las fuentes de las obligaciones (paralogismo de extrapolación).

No es lo mismo, en efecto, discurrir sobre una clasificación binaria de las fuentes de las obligaciones (42) (que, innecesariamente, las clasifica en contractual —contratos— y extracontractual —las otras fuentes—) que hacerlo sobre la binaria clasificación de la responsabilidad civil (mal llamada contractual y extracontractual). El primer supuesto es posible (aunque agrupe imprecisa e inútilmente a las fuentes que no son contractuales en una sola categoría —extracontractuales—) a la luz del Cód. Civil derogado y, también, del Cód. Civ. y Com. El segundo supuesto solamente es posible a la luz del criticado y defectuoso método del Código Civil francés (43), de ahí la persistente presencia del paralogismo de la extrapolación.

(41) Su despliegue conceptual puede verse en DUSSEL, Enrique, ob. cit., p. 192.

(42) En la evolución de las fuentes de las obligaciones se ha pasado del dualismo a la pluralidad de fuentes (contratos, responsabilidad civil, gestión de negocios, empleo útil, enriquecimiento sin causa, etc.). La clasificación tripartita, cuatripartita, etc. integran esta evolución que puede verse en una de las notas del Cód. Civil derogado, esto es la que inaugura la parte primera de la sección primera del libro II.

(43) Sobre el punto puede verse: BARBERO, Ariel E., “La responsabilidad civil. Volver a los límites del Código Civil”, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2001, 1ª ed., ps. 45-48.

iii) Por último, la equívoca (envuelve parallogismos teóricos y prácticos) equiparación entre responsabilidad/obligación (44).

La triple confusión enraíza en un equívoco pensar metodológico (paralogismo de la extrapolación (45) o, lo que es similar, falacia de desubicidad) que pasa por alto, soslaya, el método de nuestro codificador originario. En otros términos, tal pensar está apegado al método del Código francés que fuera criticado, con acritud, por Vélez Sarsfield. Esta (in)comprensible dependencia cultural (eurocentrismo) evidencia, además, la desacertada afirmación del jurista que exhibe la última oración acerca de los códigos decimonónicos.

En efecto, contrariamente a lo aseverado por el autor citado, el Cód. Civil derogado no “partió”, en el caso, del “modelo francés” y tampoco, naturalmente, consagró “distintas normas a cada uno de los dos sectores de la responsabilidad” ni estableció “relevantes diferencias de regulación entre cada uno de ellos”. Por el contrario, Vélez explicó claramente porqué se apartó del “modelo francés” en tres significativas notas que han sido soslayadas —palpita cierto desprecio por lo propio, es decir por el método del Cód. Civil originario— por el jurista. También por la doctrina dominante en sus múltiples intentos de unificar lo que ya estaba unificado (46).

El pensar metodológico del codificador originario tampoco aparece cuando el autor, en el punto III, reseña el “régimen del Código de Vélez”. Menciona, en efecto, el régimen del incumplimiento de las obligaciones (arts. 505 a 514; 519 a 522 y ccds.). Refiere, sesgadamente también, a los actos ilícitos y al gran muro divisorio que fue

(44) Este modo inadecuado (errado) de nombrar a la responsabilidad, es decir como sinónimo de obligación, lo analizo en: MARTÍNEZ, Jorge P., “Una aproximación a la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, RC-CyC 2021 (octubre), 20, AR/DOC/2580/2021. En el caso, el codificador debió escribir “obligación” no “responsabilidad”.

(45) Una muestra lúcida de tal paralogismo en: DELEUZE, Gilles – GUATTARI, Félix, “El Anti Edipo. Capitalismo y esquizofrenia”, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2019, 1ª ed., 9ª reimp., p. 119.

(46) Para corroborar el aserto puede leerse BARBERO, Ariel E., ob. cit., ps. 18-22.

el —mal interpretado (47)— art. 1107 del Cód. Civil derogado.

Se detiene, a renglón seguido, en las diferencias mencionadas por la doctrina entre “los dos tipos de responsabilidad” y, en prieta síntesis, las limita a tres (prescripción, extensión del daño resarcible y régimen de la mora). Una lectora, respetuosa de las palabras de la ley (Cód. Civil derogado), podría preguntar:

i) ¿por qué no mencionó que el Cód. Civil originario presentó (arts. 495-896) una teoría general de la obligación autónoma e independiente de sus fuentes?;

ii) ¿es lo mismo, en el régimen del Cód. Civil derogado, incumplir una obligación que incumplir una obligación contractual/delictual/etc.?

iii) ¿por qué menciona a los actos ilícitos (fuente de las obligaciones) y soslaya a los contratos (regulados en la Sección Tercera del Libro Segundo) y, también, a las otras fuentes?

Las sencillas respuestas: porque sus categorías de pensamiento abrevan en las aguas del criticado —por Vélez— método del Código francés. Y, en tal sentido, para espejar su discurso en los dos tipos de responsabilidad equipara —he aquí los parallogismos—: i) el incumplimiento de la obligación al incumplimiento de la obligación contractual (responsabilidad contractual); y ii) a los actos ilícitos (fuente de las obligaciones) con la responsabilidad extracontractual. Al pensar así se impregna del método del *Code* que dividió ilógicamente a la obligación y su incumplimiento/falta de pago (responsabilidad civil contractual/extracontractual).

El discurso que se critica es hijo de la afrancesada doctrina autoral que ignoró al originario método del derogado Código. La severidad, la acritud de Vélez fue soslayada, pasada por alto. Paradojalmente se interpretó el derogado Cód. Civil como si fuera el *Code* o, mejor expresado, como si exhibiera su misma “división ilógica”.

Antes de proseguir con la crítica es imprescindible recordar el pensamiento de Vélez. Su pen-

(47) La explicación puede verse en BARBERO, Ariel E., ob. cit., ps. 17-43. También en MARTÍNEZ, Jorge P., “La unificación...”, ob. cit., ps. 115-116.

sar no ha perdido virtualidad porque, contradictoriamente, el Cód. Civ. y Com. exhibe, también, una teoría general de la obligación autónoma e independiente de sus fuentes (arts. 724-956). No es exagerado afirmar, a la luz de lo expuesto, el embrollo que exhibe el Cód. Civ. y Com. al recepcionar, por un lado, el método del derogado Código; y, por otro lado, al unificar a las dos órbitas de la responsabilidad que provienen, en rigor, del Código francés.

En suma, las propias palabras del codificador originario pueden confrontar al discurso que aquí respetuosamente se critica. Es que tal discurso, paradójicamente, se empapa, no solo para discursar sobre el Código originario, de las criticadas categorías derivadas del defectuoso método del *Code*. Es de lamentar, entonces, el desprecio por lo propio (las enseñanzas de Vélez) que exhibe.

VI. La “responsabilidad contractual” o el olvido de la diferencia entre obligación y contrato

Se escribe con frecuencia, aunque existen excepciones, que la *responsabilidad contractual* es aquella que surge del incumplimiento de un contrato (48), la que deriva de un contrato (49) o, en similar sentido, la engendrada por la violación de compromisos contractuales (50).

Se la presenta en forma casi universal, asimismo, juntamente con la *responsabilidad extracontractual* (delictual, aquiliana, o por hechos ilícitos). Se trata, se dice, de regiones, campos, órbitas que conforman el universo de la responsabilidad civil. En suma, las dos órbitas de la responsabilidad, el “dualismo” mencionado por el autor citado.

Se puede observar, en tales discursos, cómo las palabras de nuestro codificador originario se revisten de desconcertante actualidad. En efecto:

(48) IBARLUCÍA, Emilio A., “Antijuricidad y responsabilidad civil. Fundamento constitucional”, LA LEY, 2012-A, 573.

(49) SCBA, ac. 79.514, 13/08/2003; entre muchas otras.

(50) CAZEAUX – TRIGO REPRESAS en su conocido compendio de *Derecho de las obligaciones*, Ed. Platense, vol. II, p. 577.

i) Primero, por cuanto los autores olvidan, al presentar a la responsabilidad contractual así, que “una cosa es el contrato que da nacimiento a la obligación y otra la obligación convencional, que no es sino el efecto del contrato” (51).

De ahí que corresponde precisar, para corregir este olvido, que la *responsabilidad contractual* se origina, en rigor, en el incumplimiento de una obligación que nace, a su vez, de un contrato. Se incumple, va de suyo, la obligación nacida de un contrato.

Dicho de otro modo, la oración “la responsabilidad contractual es aquella que surge del incumplimiento de un contrato” es una oración “elíptica” o, lo que es similar, una forma abreviada de la oración “la responsabilidad contractual es aquella que surge del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato”.

Debemos, por lo tanto, prolongar (52) —para evitar errores y/o malentendidos— a la oración criticada y repetirnos interiormente que “la responsabilidad contractual se refiere, en puridad, al incumplimiento de una obligación contractual, vale decir a la obligación nacida de un contrato”.

Sin embargo, tal correctora *prolongación* resulta insuficiente para evitar los errores y malentendidos que provoca la acrítica repetición del sintagma (*responsabilidad contractual*).

ii) Segundo, desde que “al tratar de los efectos de las obligaciones y de las causas de ellas, se trata únicamente de los efectos y causas de los contratos, que solo son una de las fuentes de las obligaciones” (53).

Importa aclarar que la responsabilidad contractual aparece en el campo de la teoría general de la obligación cuando se discurre sobre los efectos del no pago (incumplimiento) de la obligación nacida de cualquier fuente. En otros términos, a los efectos anormales (incumplimiento) de la obligación, a la falta de pago de ella, algu-

(51) De la nota del codificador a la parte primera “De las obligaciones en general”, ob. cit.

(52) WITTGENSTEIN, Ludwig, “Investigaciones filosóficas”, Ed. Crítica, Barcelona, 2008, 4ª ed., p. 33.

(53) *Ibidem*.

nos autores los denominan responsabilidad contractual. Y el uso de tal denominación, en tanto remite “en el plano más exterior” (54) al incumplimiento de un contrato, “al tratar de los efectos de las obligaciones” —falta de pago— induce a tratar “únicamente de los efectos (...) de los contratos (55), que solo son una de las fuentes de las obligaciones”.

Es que numerosos autores no *prolongan* la oración abreviada, no aclaran la oración *elíptica* y se abisman, al incurrir en tal omisión, en la confusión o, mejor expresado, caen en la trampa que les tiende el lenguaje (56). El lenguaje juega, en el caso, con el decir (escribir) de los juristas, de tal manera que este se deja llevar con gusto a las significaciones de las palabras que están sobre todo en el plano más exterior (57). Y las significaciones que están en el plano más exterior se refieren, claro está, al contrato y no, ciertamente, a la obligación.

No está de más señalar: cuando se escribe —en el ámbito de la teoría general de la obligación— *responsabilidad contractual* se debe aclarar, y precisar, a renglón seguido, que tales equívocos vocablos se refieren a las consecuencias de no pagar una obligación cualquiera haya sido la fuente (hecho idóneo) que la haya producido, originado.

En tal sentido, se ha señalado que carece de rigor científico esta terminología —llamar *contractual* a la responsabilidad de marras— porque tal responsabilidad no dimana solo de la violación de obligaciones contractuales sino también de la

(54) HEIDEGGER, Martín, “Qué significa pensar”, Ed. Trotta, Madrid, 2005, ps. 118-119.

(55) Incumplimiento de la obligación contractual. Tal incumplimiento es, en puridad, el efecto del efecto. Es que el contrato es causa de la obligación —efecto— y el incumplimiento es el efecto de la obligación contractual.

(56) Los alumnos, en las mesas de exámenes para libres y aun las cursantes después de la explicación —con las debidas aclaraciones— del tema, contestan en forma casi unánime que la “responsabilidad contractual es la que surge del incumplimiento de un contrato”.

(57) HEIDEGGER, Martín, “Qué significa pensar”, ob. cit., ps. 118-119.

infracción de obligaciones nacidas de otras fuentes (58).

El lenguaje, en tal caso, se alía con la importancia y preponderancia del contrato como fuente principal de las obligaciones (59) y resulta, por lo tanto, un instrumento que clausura (desvía) el camino hacia el auténtico pensar el novedoso método de nuestro Código Civil originario.

En suma, los autores que escriben —y piensan— del modo descrito “confunden los efectos de los contratos con los efectos de las obligaciones. ‘¿Cómo tomar como una misma cosa, dice Marcadé, el efecto del contrato y el efecto de la obligación, cuando las más veces la obligación no es sino un efecto del contrato?’

“Si la obligación no produce jamás los efectos del contrato, el contrato recíprocamente no produce los efectos de la obligación. Sin duda que, si el contrato puede producir la obligación misma, puede arrastrar consigo los efectos de esta obligación; más los llevará como consecuencias ulteriores y no como engendrados por él (...). En fin, si la obligación y por consecuencia sus efectos, pueden resultar del contrato, pueden también nacer de otro origen: por lo tanto, los efectos del contrato no pueden ser jamás producidos por la obligación” (60) y (61) .

iii) Tercero, porque, al fundar la responsabilidad en la violación del contrato, se reduce el fenómeno del incumplimiento solamente al supuesto de las obligaciones contractuales y se ignora, por lo tanto, que estamos en el ámbito de los efectos de las obligaciones en general.

Tal inadmisibles reducción (62), al excluir del análisis a la falta de pago (incumplimiento) de las obligaciones que nacen de otras fuentes, “causa

(58) TELLES GALVÃO, ob. cit., p. 330.

(59) LLAMBIAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 5ª ed. act. por Patricio Raffo Venegas, t. I, p. 59.

(60) Su remisión a Marcadé: t. IV, nros. 460 y 461.

(61) Nota al art. 505 del Cód. Civil derogado.

(62) “Ha resultado de esto que no hay un título de las obligaciones en general que nacen de tan diversas causas”. Vélez, en la nota citada a la parte primera, se refiere al Código francés, aunque, *mutatis mutandis*, puede aplicarse

una inmensa confusión en la jurisprudencia”. Intenté mostrar, dispéñese la propia cita, la aludida confusión en la doctrina legal de un prestigioso superior tribunal provincial. Puede verse, en tal sentido, “[l]a deficiente prestación del servicio de salud y la prescripción (entre el falso dilema de la ‘responsabilidad contractual’ y la ‘responsabilidad extracontractual’)” (63).

La denominación resulta —me permito insistir—, en el ámbito de la teoría general de la obligación, incorrecta y provoca una extendida confusión y errores que, en algunos casos, “no pueden (pudieron) corregirse”. La confusión se ha expandido porque en numerosos discursos no se aclara la elipsis, vale decir no se explicita que la responsabilidad contractual es, en puridad, aquella que surge del incumplimiento de una obligación que nació de un contrato.

Y aunque se la aclare, el equívoco persiste cuando se pretende hacer jugar tal denominación en el ámbito de la teoría general de la obligación, por ejemplo, al dividir a la responsabilidad civil en dos grandes campos —*contractual* y *extracontractual* (64)—.

No menos incorrecto resulta presentar una visión actual y otra tradicional para postular, por un lado, la unificación (antes del Cód. Civ. y Com.) de los dos campos —*contractual*, *extracontractual*—; y, por otro, para describir la anterior separación entre ambos. Admítanse estas simples preguntas: ¿Qué es lo tradicional? ¿Qué es lo actual? ¿En qué se piensa cuando se escribe tradicional—actual? ¿Cuándo se realizó el salto de la visión tradicional a la actual? ¿Nuestro Código Civil derogado —o el francés— es el tradicional? ¿O será la antigua opinión de la doctrina supuestamente superada por la visión actual de los autores?

Múltiples son las preguntas que desnudan los errores que encierra el falso dilema (*contractual—extracontractual*), las falsas visiones —tra-

a los autores que piensan a tal responsabilidad como la derivada de un contrato.

(63) MARTÍNEZ, Jorge P., ob. cit.

(64) Entre tantos otros: VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto A., “Los presupuestos del deber de reparar”, LA LEY, 2012-C, 673.

dicional, actual— y la insólita unificación de lo que no estaba dividido en nuestro código derogado. Es que tenemos (teníamos) el mismo “tradicional” Código Civil, y su método había sido celebrado —debemos recordarlo— por los autores más respetados (65), que no ha dividido a la responsabilidad en *contractual* y *extracontractual*. En pocas palabras, rigió (hasta el mes de julio del año 2015) el mismo Código cuyo celebrado método no ha sido jamás modificado (tampoco por el nuevo Código).

En efecto, la separación entre la obligación (y, claro está, sus efectos: pago, falta de pago, rehusar el pago) y sus fuentes (entre ellas: contratos, responsabilidad civil, gestión de negocios, empleo útil, enriquecimiento sin causa; etc.) exhibe, de más está escribirlo, su “tradicional” y “actual” lozanía. Sin embargo, se escribía —se pensaba, se enseñaba— que la visión actual unifica ambos campos que antes estaban separados. Pero la ley, el Código derogado, ¿no era el mismo? o ¿había sido declarado inconstitucional su método? ¿Se sabía, en rigor, lo que pretendía unificar la visión actual?

La confusión palpita si se reflexiona sobre las preguntas realizadas en este punto. Es que, en el reino del eurocentrismo, la visión actual “traduce”, al parecer, al Código francés y, al hacerlo, “traiciona” la “tradicción” —nuestro Código—. Tal vez no sea accidental que la semántica de “traición” y “traducción” no esté enteramente ausente de la de “tradicción” (66).

En resumen, no existían, no podían existir, dos visiones porque se aplicaba, en este tópico, el mismo e idéntico Código Civil. El codificador —recordémoslo— había criticado, con insistencia y severidad, la división metódica ilógica del Código francés; y nuestras afrancesadas doctrinas autoral y jurisprudencial introdujeron acriticamente tal división (*contractual—extracontractual*) y se propuso, además, para mayor confusión, unificarla.

En definitiva, al escribir —hablar, pensar— sobre la responsabilidad contractual no ve-

(65) Por todos: LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit., p. 73, nota 1.

(66) STEINER, George, “Lecciones de los maestros”, Ed. Sruela - Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 12.

mos (67), olvidamos, que debemos pensar, en rigor, sobre la falta de pago de la obligación que nació de cualquier fuente. Es que la obligación, cualquiera sea su origen, puede no pagarse, incumplirse. Es que la obligación que nació de un hecho ilícito (mal llamada *responsabilidad extracontractual*), también, puede incumplirse.

De ahí que, ello sentado, la utilización de tales inadecuados vocablos (*responsabilidad contractual-extracontractual*) permite presentar este galimatías: la *responsabilidad extracontractual* origina, no pago de la obligación mediante, a la *responsabilidad contractual* (68). O, según el reciente Código, la violación del deber de no dañar a otro origina, no pago de la obligación que surge de él, una nueva obligación, es decir, la nacida del incumplimiento de la obligación cuya fuente resultó la violación del deber de no dañar a otro. Meditar en esta última oración, es decir en la obligación que nace de la violación del *neminem laedere* que, a su vez, se incumple y produce el nacimiento de otra obligación nos deja en el universo cerrado de la aporía que describe el art. 1716 Cód. Civ. y Com.

Sin embargo, era más sencillo y correcto prescindir de los sintagmas importados del *Code* y, por tanto, escribir, para superar la confusión, que el hecho ilícito (delito/cuasidelito) origina la obligación de reparar el daño causado (conf. arts. 1077 y ccds., Cód. Civil derogado) y, en tal caso, el deudor es responsable, con su patrimonio, por no pagar tal obligación. El deudor, en verdad, es responsable patrimonialmente por no pagar cualquier obligación, vale decir, la nacida de los contratos, de los delitos, cuasidelitos, enriquecimiento sin causa, de la ley, de la declaración unilateral de la voluntad. La noción de responsabilidad se actualiza cuando el deudor no paga, es decir cuando no cumple su deber específico y calificado o, lo que es igual, su obligación.

(67) Como en la célebre carta robada de las habitaciones reales. Del homónimo cuento de POE, Edgar A., "Obras completas", Ed. Claridad, Buenos Aires, 1993, ps. 89-103.

(68) Y, para completar el galimatías, ¿el no pago de esta obligación es, como lo afirman algunos autores, un hecho ilícito? Y el hecho ilícito es fuente de la obligación cuyo no pago (incumplimiento) produce la obligación cuyo no pago... La confusión, el embrollo de las ideas, la aporía resulta, pues, patente.

VII. La responsabilidad extracontractual o "las cosas no responden a sus nombres" (69)

En el método del Código Civil francés se encuentra el origen de la expresión *extracontractual* (70), vale decir todo lo que no provenga de un contrato (71) resulta *extracontractual* y, por lo tanto, en esta amplísima órbita corresponde incluir al resto de las obligaciones —no contractuales—, esto es a las obligaciones cuyas fuentes no son el contrato.

En tal sentido, al incumplimiento de una obligación contractual/convencional se lo llamó "responsabilidad civil contractual" y, por otro lado, al incumplimiento de una obligación nacida de otra fuente (no contractual) "responsabilidad civil extracontractual". Esta binaria y confusa clasificación, se insiste, fue criticada por nuestro codificador originario, de ahí que tales sintagmas, coherencia mediante, no están presentes en el texto del código velezano (los importó e incorporó, admítase el recordatorio, el dec. ley 17.711 en los arts. 522, 4037).

No está de más insistir: la presencia, en el vocablo *extracontractual*, del prefijo "extra", que significa "fuera de" (72) explica la comprensión anterior, es decir: si la obligación no nació de un contrato es una obligación de fuente extracontractual. Y, desde luego, si se incumplen tales obligaciones se habla de responsabilidad civil extracontractual. Este inadecuado modo de nombrar, naturalmente, no era posible en nuestro código originario porque presentó una teoría general de la obligación independiente de sus fuentes.

En tales circunstancias, gran parte de la doctrina autoral y jurisprudencial incluye, equívocamente —o, mejor dicho, soslayando la regulación de nuestra propia ley—, en el ámbito de la *responsabilidad extracontractual* a las obligacio-

(69) "Así que, lo que llamábamos 'cielo' no lo es; 'amor' no; 'eterno' no. Las cosas no responden a sus nombres" (ELYTIS, *Odysseas*, "Verbo el oscuro", en *Elegías de oxópe-tra*, Ed. Nuevohacer, Buenos Aires, 1999, 1ª ed., p. 46).

(70) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., ob. cit., p. 31.

(71) BARBERO, Ariel E., ob. cit., p. 20.

(72) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario de la Lengua Española", 21ª ed., t. I, p. 933.

nes que nacen de otras fuentes, es decir a las obligaciones que “se forman sin convención”.

Al respecto, señala Llambías que el régimen de *responsabilidad extracontractual* no obstante el sentido de esa terminología que parece referirse a cualquier situación ajena a un contrato, sólo comprende a los hechos ilícitos culposos o dolosos (73). Esto es: a una de las tantas fuentes de las obligaciones. Podrá advertirse, a través de una mínima reflexión, el reduccionismo ontológico, epistemológico y fenomenológico que encierra (quedan afuera de la clasificación las obligaciones que nacen de las fuentes que no sean el contrato y los hechos ilícitos) el uso de la binaria clasificación importada de Francia.

El respetado jurista afirma, asimismo, que en general los autores se atienen a la literalidad de las expresiones *contractual* y *extracontractual* y nos alerta que *tal comprensión quiebra la teoría general de la obligación desarrollada por el codificador* en la parte primera (“De las obligaciones en general”) de la Sección primera del Libro Segundo (74). La afrancesada doctrina nacional quebró, ciertamente, la teoría general de la obligación. Intenté mostrar su olvido, y sus múltiples resonancias, en otro texto ya citado en la nota 25.

En resumen, en nuestro derogado Código Civil lo *extracontractual* no comprende a lo extracontractual sino a los delitos y cuasidelitos. En efecto, los hechos ilícitos culposos o dolosos o, con mayor precisión, los delitos y cuasidelitos (75), causa-fuente de la obligación de reparar (conf. arts. 499, 1077, 1078, 1079, 1081 y ccds., del Cód. Civil derogado), aparecen *encubiertos* (recubiertos) por la confusa y equívoca denominación. Cuando se escribe, cuando se oyen los vocablos *responsabilidad extracontractual* debe escucharse —a pesar de la potencia encubridora que emana del sintagma—: *hechos ilícitos*.

La exterioridad de las palabras del aludido significativo adormeció a numerosos juristas que-

(73) LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit., t. III, p. 557.

(74) *Ibidem*, p. 557, nota 120.

(75) Que incluye no sólo a los hechos ilícitos culposos sino, también, a todos los hechos ilícitos, que no son delitos, previstos en el tít. IX (“De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”) de la Sección segunda del Libro Segundo.

nes pensaron (piensan), escribieron (escriben) y difundieron (difunden), con pretensión de objetividad, que la *responsabilidad extracontractual* se refiere a todas las obligaciones que no son contractuales, a las que nacen sin convención, es decir a las obligaciones que nacen de aquellas fuentes que están “fuera” del contrato (delitos, cuasidelitos, ley, declaración unilateral de la voluntad, enriquecimiento sin causa, etc.).

El lenguaje del derogado Cód. Civil imponía escribir, para evitar equívocos y confusiones, que los hechos ilícitos, comprensivos de los delitos y cuasidelitos, resultan causa fuente de la obligación de reparar. Ni siquiera es apropiado decir que la responsabilidad, en el caso, surge de los hechos ilícitos. Es que, en rigor, lo que surge, lo que nace como sanción por cometer un delito -cuasidelito, es la obligación de repararlo.

En suma, lo que llamá(ba)mos *responsabilidad extracontractual* no lo es, *responsabilidad* no, *extracontractual* no. Las cosas, como lo enseñó el genial poeta, “no responden a sus nombres”.

VIII. Retorno a la confrontación con el texto de uno de los codificadores

La repetición acrítica y adormecedora de los mostrados falsos ídolos verbales explica, no sin perplejidad por la presencia de los paralogismos de la extrapolación y del *double bind*, que los autores señalen que se han unificado las dos órbitas de la responsabilidad (contractual-extracontractual) cuando el art. 1716 no las menciona siquiera o, mejor dicho, habla a las claras de otra unificación.

Esta anomia resulta, por la presencia de los aludidos paralogismos, sorprendente. En este instante, este discurso se demora unas líneas para mostrar el equívoco salto conceptual que se ha delineado, dibujado en el aire, con forzadas palabras. El codificador de marras, para decir lo que no dicen las palabras de la ley, escribe en el punto IV de su trabajo: “Así, su art. 1716 dispone: ‘Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.’

En otras palabras (76), cualquiera sea la fuente del deber (77) de reparar el daño (*la violación del deber general de no dañar* —fuente (78) de la responsabilidad ‘contractual’—, o el incumplimiento de una obligación —fuente (79) de la extracontractual—) la responsabilidad se rige, en principio, por las mismas reglas” —el énfasis no está en el original—.

Otro calificado autor, en el mismo sentido, escribe: “De manera que —salvo excepciones de especie— *la violación del deber general de no dañar* —génesis de la responsabilidad contractual— o el incumplimiento de una obligación —fuente de la responsabilidad extracontractual—, la responsabilidad se rige por las mismas reglas” (80) —énfasis agregado—.

Importa recordar, para abrir la (in)comprensión de tales textos, que cierta parte de la doctrina denomina *responsabilidad extracontractual* a la violación del deber de no dañar a otro (hechos ilícitos) y, asimismo, *responsabilidad contractual* al incumplimiento de una obligación (81) (algunos añaden el adjetivo contractual).

De manera que, para los citados autores (quienes postulan —además— la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual), la “responsabilidad extracontractual” es “fuente

(76) En estas “otras palabras” se produce el salto a la infracción de las palabras de la Ley o, mejor dicho, a su lisa y llana derogación. La interpretación derogatoria se contamina, además, del paralogismo del *double bind* o del doble atolladero. La comprensión queda atascada, por lo tanto, en la aporía.

(77) *Rectius*: obligación.

(78) Error: si se viola el deber de no dañar a otro nace la obligación de reparar el daño, de modo que tal violación es “fuente” de la obligación y no, como escribe el codificador, de la “responsabilidad contractual”.

(79) Error: si no se paga una obligación esta cae en la etapa de la responsabilidad patrimonial (conf. arts. 724, 730, 743 y ccds. Cód. Civ. y Com.). Sin embargo, en el confuso caso del art. 1716 del Cód. Civ. y Com., el no pago produce el nacimiento (es fuente) de la obligación y no, como afirma el codificador, de la responsabilidad extracontractual.

(80) GAGLIARDO, Mariano, ob. cit., p. 3.

(81) Esta asimilación les permite postular, pese a que el art. 1716, Cód. Civ. y Com., no lo dice, que se ha unificado la responsabilidad contractual y la extracontractual.

—génesis— de la responsabilidad ‘contractual’” y, a su vez, la “responsabilidad contractual” es “fuente de la extracontractual”. Nada más circular, aporético e incomprensible que este paralogismo del *double bind* o del doble atolladero.

Debe escribirse nuevamente el paralogismo: los autores señalan que la “responsabilidad extracontractual” es fuente de la “responsabilidad contractual” y que esta, la “responsabilidad contractual”, es fuente de la “responsabilidad extracontractual”. Las palabras quedan atascadas en este círculo vicioso y no pueden explicar semejantes paralogismos. ¿Qué hay detrás de tales prosas? ¿Cuál es el hilo conductor que las sostiene?

Esta crisis del lenguaje de los autores engendra nuevas preguntas: i) ¿por qué la “violación del deber de no dañar a otra” (“responsabilidad extracontractual”) es fuente de la responsabilidad contractual?; ii) ¿por qué el “incumplimiento de la obligación” (“responsabilidad contractual”) es fuente de la “responsabilidad extracontractual”?

Es que si se viola el deber de no dañar a otro nace, acreditados naturalmente sus presupuestos, la obligación de reparar cuyo incumplimiento, su falta de pago, se mal denomina “responsabilidad contractual” (82). Ahora bien, si se incumple la obligación (“responsabilidad contractual”), a este incumplimiento se lo considera un hecho ilícito (“responsabilidad extracontractual”), de ahí que sería, tal incumplimiento, fuente de la “responsabilidad extracontractual” (83). En el párrafo anterior se intenta explicar, con otras palabras, el atascadero que, en el fluir de la comprensión, detiene la afirmación (paralogismos) de los citados autores.

En resumen, los falsos ídolos verbales (*responsabilidad contractual-responsabilidad extra-*

(82) La violación del deber de no dañar a otro es, en puridad, fuente de la obligación de reparar. Si se incumple tal obligación nace, a su vez, la obligación de reparar. He aquí la circularidad (aporía) que exhibe el art. 1716, Cód. Civ. y Com.

(83) Error: el incumplimiento provoca la caída de la obligación en la etapa de la responsabilidad patrimonial. En el equívoco artículo 1716 del Cód. Civ. y Com., por el contrario, tal fenómeno (incumplimiento de la obligación) es fuente de la obligación y no, me permito insistir, de la responsabilidad extracontractual.

contractual), provenientes del defectuoso método del Código francés (falacia de *desubicuidad*), provocan, desatención de los autores mediante, la inusitada circularidad, la inextinguible aporía del paralogsimo del *double bind* o del doble atolladero.

El mismo tema puede describirse, para alcanzar la comprensión y salir del paralogsimo, al compás del Código Civil originario. Me parece correcto explicarlo así: el hecho ilícito (delito/cuasidelito) es fuente de la obligación (de reparar) y el incumplimiento (no pago) de esta (en rigor, de cualquier obligación), su falta de pago, abre la etapa coactiva de la responsabilidad (patrimonial) del deudor.

IX. Los fundamentos de la unificación de la responsabilidad civil resarcitoria

Se han mostrado, con cierta acritud, los paralogsimos que ponen en crisis a la unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Escuchemos ahora la explicación de los codificadores acerca de la tarea realizada no sin destacar el asombro que provoca, a la luz del art. 1716 del Cód. Civ. y Com., la lectura del título del punto 2 (84). Dicen, sobre el punto, que:

i) “[l]a tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad (85), ya que hay diferencias que subsisten”;

ii) “la problemática derivada del incumplimiento, queda regulada en el campo obligacional y contractual”;

iii) “[e]n la propuesta que se hace, se distingue, la problemática del incumplimiento y su ejecución, regulada en el campo de las obligaciones y contratos, de los demás aspectos, que se incluyen en la responsabilidad por daños”.

(84) Se lee: “La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual”, Código Civil y Comercial de la Nación, cit., p. 563.

(85) “Homogeneidad: calidad de homogéneo. Homogéneo: 1. adj. Perteneciente o relativo a un mismo género, poseedor de iguales caracteres. 2. adj. Dicho de una sustancia o de una mezcla de varias: De composición y estructura uniforme. 3. adj. Dicho de un conjunto: Formado por elementos iguales” (“Diccionario de la Lengua Española”, 22ª ed., consultado en <http://buscon.rae.es/drae1>).

La idea de unidad del fenómeno de la ilicitud, de la unificación de los ámbitos de la responsabilidad civil, se desvanece si el pensar retiene los propios argumentos que la comisión presentara al acompañar el anteproyecto. ¿Diferencias que subsisten en la unidad? ¿Qué clase de unidad entonces?

Resulta esencial, a la luz del paralogsimo de la ilogicidad (unidad con diferencias), interrogar: ¿por qué la unidad no es unidad? ¿Por qué la unificación “no implica homogeneidad”? ¿Cuáles son las *diferencias que subsisten*?

Corresponde preguntar, también, si la no homogeneidad o, lo que es igual, las diferencias que subsisten se limitan solamente a la existencia de una doble regulación; a saber: i) por un lado, *la problemática derivada del incumplimiento y su ejecución*; y ii) por otro lado, los “*demás aspectos que se incluyen en la responsabilidad por daños*”. ¿Una doble regulación en la unidad?

Ahora bien: ¿qué se entiende por incumplimiento y su ejecución? ¿Cuáles son los demás aspectos supuestamente no incluidos en el ámbito obligacional y contractual? ¿La problemática del incumplimiento se regula en los señalados ámbitos?

Si se medita auténticamente sobre los fundamentos reseñados, tal meditación debería provocar, en los autores que postularon la existencia de la unificación de los ámbitos de la responsabilidad contractual y extracontractual, asombro y perplejidad estar frente a:

i) la “*no homogeneidad*” de la unidad;

ii) las diferencias que subsisten; y

iii) esta doble, y sorprendente, regulación después de realizar la unificación, esto es: incumplimiento y su ejecución, por una parte; y los demás aspectos que se incluyen en la responsabilidad por daños, por la otra.

Retomemos el texto del jurista/codificador para analizar la “no homogeneidad”, las diferencias (“irreductibles”, dice) que subsisten; y, asimismo, la doble regulación que de ellas se desprenden. Después de tal recorrido: ¿podrá afirmarse, sin caer en los paralogsimos que intenta mostrar este discurso, que se han unificado los

ámbitos de la responsabilidad o, con las palabras de la ley, la violación del deber de no dañar a otro y el incumplimiento de una obligación?

El autor glosado presenta, en el punto V, las “diferencias que subsisten”. Antes de analizarlas introduce, con la finalidad de validarlas/justificarlas, la siguiente argumentación: “Aun cuando la unificación que opera el nuevo código se basa en la identidad de finalidad y de presupuestos entre ambas esferas de responsabilidad, y tiende a lograr también, en principio, una unidad de efectos, ella no implica subsumir a la obligación en el hecho ilícito, ni desconocer la diferencia estructural entre una y otra fuente del deber de reparar”.

Intentemos comprender lo que afirma el codificador antes de la cita de la destacada jurista francesa que, como es sabido, escribe desde/en un contexto normativo (Código francés) que exhibe, aunque hegemónicamente pase desapercibido [*falacia de desubicuidad* (86)], un método muy distinto al nuestro.

Señala el autor la “identidad de finalidad y presupuestos entre ambas esferas de responsabilidad”, es decir podría comprenderse que ambas responsabilidades tienen por finalidad reparar el daño causado y, además, sus presupuestos son idénticos (daño; antijuridicidad; factores de atribución; relación de causalidad). Hasta aquí, se insiste, puede comprenderse lo que afirma. La comprensión comienza a resquebrajarse, sin embargo, cuando el autor menciona la “unidad de efectos”: ¿a qué unidad, a qué efectos se referirá? (87)

Es, ciertamente, muy difícil comprender el sentido de la enunciación en punto a que la unificación “no implica subsumir la obligación en el hecho ilícito, ni desconocer la diferencia estructural entre una y otra fuente del deber de reparar”. ¿La obligación podría subsumirse en el hecho ilícito? ¿Alguien pensó alguna vez que no son radicalmente diferentes la obligación del hecho ilícito (delitos/cuasidelitos)?

Expresado categóricamente: jamás puede subsumirse la obligación (efecto) en el hecho ilícito

(86) DUSSEL, Enrique D., ob. cit., p. 92.

(87) Se escucha, desde luego, la vaga y confusa respuesta: reparar los daños causados en ambos casos.

(unas de sus causas en el Cód. Civil derogado), tampoco puede subsumirse en el contrato, en la gestión de negocios, en el empleo útil, en el enriquecimiento sin causa, etc.; o, con el lenguaje del Cód. Civ. y Com., en la violación del deber de no dañar a otro. La incompreensión irrumpe en los lectores cuando el codificador señala que la unificación no desconoce “la diferencia estructural entre una y otra fuente del deber de reparar”.

¿La obligación es fuente del deber de reparar? ¿Cuáles son las fuentes del deber de reparar? ¿El texto del codificador no se enmarca en el capítulo 1 del tít. V, “Otras fuentes de las obligaciones”?

En otros términos, si anclamos las palabras del codificador en la realidad este nos dice que si un deudor le debe algo a un acreedor (p. ej., una suma de dinero, un automóvil), esta obligación no puede subsumirse en la acción de matar a otro (delito) o de embestir con el automóvil a un peatón (cuasidelito). Nos dice, además, que la unificación no desconoce la diferencia estructural entre tales obligaciones y tales hechos ilícitos. Y, por último, con el brillo del paralogismo de la extrapolación, que la obligación (también el hecho ilícito) es “fuente del deber de reparar”.

La obligación, de más está decirlo, no es fuente del deber de reparar. En todo caso, el incumplimiento de la obligación (no la obligación) es fuente, en el aporético Cód. Civ. y Com. (art. 1716), de la obligación (no del deber) de reparar. No está de más recordar que el incumplimiento de la obligación está doblemente regulado en el Cód. Civ. y Com. y que, ocurrido este —el incumplimiento—, la obligación cae en la etapa de la responsabilidad patrimonial del deudor (arts. 724, 730, 743, Cód. Civ. y Com.).

Con la cita de una jurista francesa el autor introduce los sintagmas aquí criticados (responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual) (88). Pasemos por alto a la autora, para no abismarnos en la *falacia de desubicuidad* (89), y meditemos, nuevamente, sobre el decir del autor luego de la referida cita. Señala, en efecto, que “la unificación de las dos órbitas

(88) Una crítica esclarecedora puede verse en BARBERO, Ariel E., ob. cit., ps. 34-43; quien cita la opinión, basada en la misma crítica, del respetado jurista Llambías.

(89) DUSSEL, Enrique D., ob. cit., p. 92.

de responsabilidad no diluye la distinta estructura del contrato —o más ampliamente, del incumplimiento de obligaciones— respecto del hecho ilícito, sino que se propone, simplemente, unificar las consecuencias de ambos, sometiéndolos, salvo casos de excepción, a las mismas reglas”.

En el instante de su discurso realiza un salto notable, paralogismo mediante, hacia la confusión. Es que ahora reemplaza (como si fueran reemplazables) la “obligación” y se refiere a la estructura del “contrato” o “más ampliamente, del incumplimiento de obligaciones” y remarca que la unificación no “diluye la distinta estructura” “respecto del hecho ilícito”. El desplazamiento conceptual (paralogismo de la extrapolación) es notable. Aparecen, en tales circunstancias, otras estructuras (“contratos”, “incumplimiento de obligaciones”).

El codificador asimila, equívocamente, a la estructura de la “obligación” (art. 724, Cód. Civ. y Com.), con la estructura del “contrato” (art. 957, Cód. Civ. y Com.) y con la estructura del “incumplimiento de las obligaciones” (arts. 724, 730, 743 y 1716, Cód. Civ. y Com.) y dice que ¿la unificación de las órbitas no diluye la diferencia de estructura con los hechos ilícitos? Las palabras críticas están, sinceramente, de más.

X. Continuación: el propósito de los codificadores de unificar “claramente los supuestos que han generado dificultades serias”

Los codificadores han señalado, en los fundamentos del Cód. Civ. y Com., que “[c]on la solución que proponemos se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica)” (90).

En otros términos, la unificación clara es la solución —argumentan los codificadores— para los supuestos que han generado dificultades serias. Se ejemplifica con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica) (91). Es im-

(90) Fundamentos del anteproyecto cit., p. 563.

(91) Así enunciado no parece un problema de unificación pues los codificadores lo presentan, el caso de los daños a la persona en la “responsabilidad médica”, como

portante retener, por tanto, este esencial —y único explicitado— propósito de la unificación.

Solucionar, en efecto, las serias dificultades que se expandieron, descontroladamente, en el derecho privado argentino es la finalidad de la unificación. Es decir, los codificadores diagnosticaron que las dos órbitas de la responsabilidad provocaron serias dificultades, en relación con los daños a las personas en la responsabilidad contractual. La solución, por lo tanto, es la clara unificación.

He intentado mostrar en otros textos que las aludidas dificultades están inescindiblemente ligadas a los sintagmas que fueron importados (falacia de desubicuidad) del Código francés cuyo método, del cual provienen, fue criticado con acritud por Vélez en las tres notas señaladas. Notable paradoja —y desprecio por lo propio— provocada por los afrancesados juristas de este país quienes interpretaron su propia ley no solo ignorándola sino como si fuera otra ley (extranjera) pero no cualquier ley. Una ley, un Código —el francés—, he aquí la paradoja (92) alimentada por la falacia de desubicuidad, que fuera severamente criticado, y dejado claramente de lado, porque “causa una inmensa confusión (...) y produce errores que no pueden corregirse”, por el Cód. Civil originario.

¿Cómo no padecer, por lo tanto, serias dificultades si el Cód. Civil derogado se interpretó equívocamente con sintagmas importados de un Código del cual se apartó claramente Vélez?

Las dificultades muy serias, de más está decirlo, las introdujo la propia afrancesada doctrina autoral en tanto su equívoca manera de interpretar (pensar) el Cód. Civil derogado —haciéndole decir lo que en modo alguno decía— se extendió, con el brillo enceguedor de esa luz extranjera, a la no menos afrancesada doctrina jurisprudencial.

un supuesto de responsabilidad contractual. Se entiende, de todos modos, que las dificultades estaban relacionadas, para la doctrina hegemónica, con las dos órbitas. Y puede resumirse en este dilema: ¿contractual o extracontractual?

(92) También el oxímoron, esto es la luz francesa que sembró la oscuridad del Código velezano cuyo autor había señalado, paradójicamente, que la luz francesa, en el punto, era confusión.

Repasemos una de las dificultades serias que se expandieron en el ámbito de la responsabilidad médica ¿contractual o extracontractual? (93): ¿el médico está obligado, independientemente de la celebración de un contrato, con el paciente?

La respuesta no puede ser otra: no. No lo está si el pensamiento se impregna con la *falacia de desubicuidad* y razona con la binaria y equívoca clasificación “responsabilidad contractual” vs. “responsabilidad extracontractual”. Vale decir, se aplicaría, en tal supuesto, esto es si no celebró un contrato con el paciente, las reglas de la responsabilidad extracontractual (hechos ilícitos).

Esta respuesta es equívoca y la causa del error anida en los falsos ídolos verbales que propalan la confusión. No hay que pensar, en el caso, con tales categorías (contractual/extracontractual), como hegemónicamente se ha pensado. La interpretación correcta, a la luz del Cód. Civil originario, brotaba al compás de esta pregunta ¿esta —o no— obligado el médico?

En tales circunstancias, la única respuesta posible era/es la siguiente: sí lo está. Es que el médico está obligado, aunque no se vincule contractualmente con su paciente. Ello es así, toda vez que el ejercicio de la medicina le impone la obligación de obrar con prudencia, diligencia, etcétera.

En otros términos, siempre habrá una obligación preexistente que el médico cumple —o incumple— cuando interviene en la atención de un paciente (94). Tal afirmación está en sintonía con el Cód. Civ. y Com. en tanto este establece, en el art. 1768, que la “actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer”. Es importante retener —y meditar— esta sorprendente afirmación, en relación con la (des)unificación, que trae el art. 1768.

Expresado categóricamente: si el ejercicio de la medicina impone obligaciones ¿cómo afirmar,

(93) Si se plantea así, se introduce un falso dilema. Corresponde, por lo tanto, preguntar ¿obligacional o delictual? O, mejor precisado, la obligación de resarcir del médico ¿nace de incumplir una obligación o, por el contrario, de cometer un hecho ilícito?

(94) HIGHTON, Elena, “Responsabilidad médica ¿contractual o extracontractual?”, JA 1983-III-661.

sin precipitarse en la confusión, que la responsabilidad profesional es extracontractual? La responsabilidad civil de los médicos deriva, en tales condiciones, del incumplimiento, del no pago, de las obligaciones [incumplimiento de la obligación = responsabilidad obligacional = responsabilidad contractual (95)], las que impone, precisamente, el ejercicio de la medicina.

Los disonantes tonos que resuenan al escuchar los inapropiados vocablos (*contractual-extracontractual*), la importada e incorrecta clasificación bipartita de marras, la inadvertida renuncia al oficio de pensar desde el Sur explica, en suma, la equivocación y la confusión que porta la respuesta a la pregunta planteada.

Ahora bien, la clara unificación que se propone en los fundamentos, desde una ligera perspectiva pragmática, esto es para “solucionar” las dificultades serias, luce en sintonía con el pensamiento del presidente de la comisión redactora sobre la “función” del derecho actual (96). En tales circunstancias, no es impertinente preguntar: ¿es clara la unificación? ¿Se han superado las dificultades serias?

La solución, en efecto, de unificar claramente los supuestos que provocaron dificultades serias y la sola mención de los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica) impone analizar, está de más decirlo, la unificación, en relación, precisamente, con la responsabilidad médica. ¿El Cód. Civ. y Com. regula específicamente a dicha responsabilidad?

No. Sin embargo, en la sección 9ª “[s]upuestos especiales de responsabilidad”, en el art. 1768, regula a la actividad del profesional liberal que abarca, de más está decirlo, a los médicos. Dice, en efecto, la norma: “*Profesionales liberales*. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la

(95) Denominaciones que suele utilizar la doctrina autor. El tríptico muestra una progresión hacia la equivocación.

(96) LORENZETTI, Ricardo L., “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos del Derecho”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, 1ª ed., ps. 11 y ss.

obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ª, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el art. 1757”.

Meditar sobre la norma transcrita, escucharla con atención, provoca un enorme llamado de atención. Es que la primera oración realiza una remisión que debería dejarnos perplejos. *La responsabilidad civil del profesional liberal (médico) está “sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer”.*

Entonces:

Desde la responsabilidad civil unificada se remite a las reglas de las obligaciones de hacer (art. 1768, Cód. Civ. y Com.). Vale decir, se unifica para solucionar las dificultades serias en un supuesto de daños a la persona en la responsabilidad contractual de los profesionales (médicos). Sin embargo, cuando el Cód. Civ. y Com. regula genéricamente la responsabilidad de los profesionales liberales desunifica claramente los dos supuestos unificados (violación del deber de no dañar a otra e incumplimiento de una obligación) en tanto la norma remite a las reglas de las obligaciones de hacer.

Sentada tal significativa remisión, las preguntas se precipitan en pos de alcanzar la comprensión o, lo que es similar, para encontrar respuestas en punto a cuál es el régimen aplicable a la actividad del profesional liberal (médico). ¿El régimen de la responsabilidad civil? O, por el contrario, ¿las reglas de las obligaciones de hacer y, en consecuencia, el régimen de la teoría general de la obligación?

La actividad del profesional liberal (p. ej., médicos) está regulada como causa fuente de la obligación en el art. 1768 del Cód. Civ. y Com., esto es como un supuesto especial de responsabilidad civil. No obstante ello, la norma de marras afirma la sujeción del profesional a las “reglas de las obligaciones de hacer”. Si la remisión no es un espejismo en el desierto de la incomprensión, a los profesionales liberales se les aplica la teoría general de la obligación porque están, sin más,

legalmente obligados (conf. arts. 1768, 773, 774 y ccds., Cód. Civ. y Com.).

La perplejidad pregunta ¿para qué se unificaron los fenómenos que integran la responsabilidad civil resarcitoria si luego se desunificó al legislar que los profesionales liberales están obligados?

Este discurso no puede enhebrar ninguna respuesta. Se permite señalar, solamente, la ostensible desunificación y sus inesperadas consecuencias, es decir, la existencia de dos plazos de prescripción aplicables a tales supuestos y una doble regulación que impacta, además, en la carga de la prueba (97). He aquí, nuevamente, la insólita aporía.

XI. La propuesta para superar la aporía

La hermenéutica del Código Civil y Comercial debe aproximar un criterio para salir de la aporía que ocasiona la doble (triple) regulación. ¿Cuándo, entonces, se aplica el régimen obligacional y cuándo el de la responsabilidad civil? O, mejor dicho ¿cuándo se aplica el régimen obligacional con el régimen de responsabilidad civil y cuando solamente el régimen de la responsabilidad civil?

Preguntado de otro modo: ¿es posible establecer un criterio para jugar el doble juego normativo y, también, para jugar un solo juego? ¿El doble juego debe pensarse de un modo abismal o, por el contrario, la interpretación debe guiarse por valores que superan tal modo de pensar? ¿La constitucionalización del derecho privado, la persona humana —su dignidad, inviolabilidad— como eje y centro del derecho, no debe estar presente aquí?

La lectura de las preguntas anticipa, al parecer, la respuesta. Ciertamente, debe estar muy presente, en el horizonte del pensar (decidir, valorar, juzgar), la persona dañada. Es que uno de los valores que trae el Código Civil y Comercial, “la constitucionalización del derecho privado”, debe “actualizar”, poner en juego, la protección

(97) Profundizo esta cuestión en MARTÍNEZ, Jorge P., “La responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial: sus dilemas”, Ed. Platense, La Plata, 2016, 1ª ed., ps. 129-164.

de la persona a través de los derechos fundamentales (98).

En otras palabras, todo paradigma de derechos humanos implica poner en el centro a la persona (99), desde que el hombre (100) —enseña nuestro más alto tribunal nacional— es eje y centro de todo sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable (conf. art. 51, Cód. Civ. y Com.) y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (101).

Y frente a la sacralidad de la persona (102), al valor concreto por excelencia de la persona humana (103), se desvanece, en el vacío de la irrelevancia, la aporía mostrada.

En tales circunstancias, el daño a los derechos fundamentales de la persona es el criterio que permite armonizar la doble regulación que exhibe el nuevo Código en relación con el incumplimiento de la obligación (v.gr., de los profesionales) y sus consecuencias (caída de la obligación en la responsabilidad patrimonial o, por el contrario, nacimiento de una nueva obligación).

De ahí que si el incumplimiento de la obligación provoca solamente un daño patrimonial se aplica el régimen establecido en la teoría general de la obligación. Por el contrario, si su incumplimiento daña a la persona, en su salud psicofísica, etc., tal supuesto es regulado en la responsabilidad civil como fuente de la obligación; pero,

(98) LORENZETTI, Ricardo L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, LA LEY 2012-C, 581.

(99) MARTOCCI, José María, “Los derechos están consagrados pero hay que conquistarlos de nuevo”, entrevista publicada en la revista *Vínculos* de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP), año 5, nro. 10, octubre de 2012, p. 3.

(100) Mujer, etc.

(101) Fallos 316:479; entre muchos otros.

(102) JOAS, Hans, “La sacralidad de la persona: una nueva genealogía de los derechos humanos”, Jorge Baudino Ed., UNSAM Edita, Buenos Aires, 2015, 1ª ed.

(103) PERELMAN, Ch. - OLBRECHTS-TYTECA, “Tratado de la argumentación. Nueva retórica”, Ed. Gredos, Madrid, 1989, p. 136.

también, naturalmente, en la teoría general de la obligación. Deben, por lo tanto, jugarse ambos juegos normativos en pos de la reconstrucción de la coherencia que proteja del modo más eficaz a la víctima dañada.

El anclaje constitucional del *neminem laedere* (104), por un lado; y la ineludible existencia de la obligación, por el otro; apuntalan el criterio propuesto (105). Es que el daño a la salud psicofísica, a la integridad personal de la víctima, a sus derechos personalísimos, muestra la violación de un deber previo (no dañar a otro) y, asimismo, la existencia de la obligación incumplida. La violación del deber de no dañar y el incumplimiento de la obligación se conjugan para mostrar el acontecimiento del daño.

No está de más insistir, el derecho privado en su diálogo con la constitución y con los tratados de derechos humanos o, lo que es similar, la persona humana como eje y centro del sistema jurídico resultan principios “portadores de luz” (106) que deben, precisamente, iluminar la construcción de las respuestas cuando el intérprete (operador jurídico) vacile ante la opacidad (oscuridad) de las dobles (o triples) regulaciones que muestran, naturalmente, respuestas diferentes.

Concretamente, frente a la pretensión resarcitoria promovida por una víctima dañada en su cuerpo, en su salud psicofísica, etc., y la incertidumbre que puede surgir, v.gr. acerca de cuál es el plazo de prescripción aplicable (3 o 5 años), la respuesta no puede ser otra que aquella que preserve la existencia del derecho del acreedor víctima.

(104) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Derecho civil constitucional”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, 1ª ed., p. 421.

(105) Dejo de lado, al pensar así, lo que escribí en el libro citado en la nota 99. Aquel pensar binario, abismal —esto o lo otro— no estuvo a la altura del discurso (superador de formales muros, barreras) que se debe enhebrar en pos de la protección de lo más valioso: la persona humana.

(106) Así los denominé en MARTÍNEZ, Jorge P., “El derecho de las obligaciones en el nuevo Código”, Ed. Universidad Nacional de La Plata - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, La Plata, 2016, 1ª ed., ps. 27-29.

La interpretación que concluyera lo contrario, esto es, que está prescripta la pretensión promovida, más allá de su insensibilidad, violaría los arts. 51, 52 y ccds., del Cód. Civ. y Com. y, naturalmente, los arts. 17, 18 y 19 de la CN. El *neminem laedere*, el respeto a la dignidad (a su sacralidad) de la persona dañada no toleraría una fría e insensible interpretación anclada en abstractos valores normativos.

En resumen, la propuesta que trae este discurso para conciliar la aplicación del doble juego normativo abrevia en el principio *favor debilis* (107) o, lo que es similar, en el principio *pro persona* (conf. art. 29, CADH) (108). Es decir,

(107) LORENZETTI, Ricardo L., “Las normas fundamentales de derecho privado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, 1ª ed., p. 98.

(108) DE CARLI, Ignacio, “El principio *pro persona* como límite a la discrecionalidad interpretativa”, *Revista de Interés Público*, año 2, nro. 3, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Secretaría de Extensión, ps. 49-63.

frente a la tensión normativa que puede emerger de la doble (o triple) regulación, siempre deberá aplicarse la norma que proteja del modo más eficaz a la persona dañada. No es posible, a la luz de los declarados valores que trae el Código Civil y Comercial (arts. 1º, 2º, 51, 52 y ccds.), otra conclusión.

XII. A modo de cierre

La reiterada afirmación de que se ha unificado la responsabilidad civil contractual y extracontractual no solo no tiene anclaje legal (art. 1716, Cód. Civ. y Com.) sino que, además, engendra los paralogismos mostrados. Las dobles (o triples) regulaciones que se mueven al compás de la unificación de la responsabilidad civil resarcitoria provocan una insólita aporía que corresponde superar. La inviolabilidad de la persona, su dignidad, sacralidad o, lo que es similar, el principio *favor debilis, pro persona*, se exhibe como un noble instrumento para resolver (disolver) la aporía en pos, naturalmente, de la más eficaz tutela y protección de la persona dañada.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

RESPONSABILIDAD DEL ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO

Abuso sexual. Imposibilidad de obtener prueba directa. Derechos del niño. Procedencia.

Con nota de José D. Mendelewicz

1. — Se encuentra acreditado el abuso que motivó la promoción de la demanda de daños, ello porque, aun tratándose de eventos complejos de corroborar, en el caso existe numerosa prueba —experticia psicológica, relato de la víctima, certificados médicos— que se aprecia como indicios que concluyen en la presunción judicial de que el evento denunciado ha existido.
2. — Tomando los dictámenes de las peritos y los informes de los distintos profesionales que trataron al hijo de los actores, se aprecia coincidencia en el relato, al igual que todos los expertos concuerdan en la solvencia de su narración, lo que aporta a su credibilidad. El análisis de los médicos tratantes del niño en aquel momento, el encuentro de la madre y hermanos del actor con las autoridades de la escuela, los dichos del padre de un niño que iba a ese colegio, quien, si bien no conocía al menor de edad del que se dijo era el agresor, supo por rumores de la ocurrencia de un evento en el baño de la escuela, son elementos que acreditan la veracidad de lo acontecido.
3. — La imposibilidad de una prueba directa no contradice la existencia del hecho. Cuando se trata de casos de abuso sexual, el entorno privado donde sucede, lejos del control de terceros, torna dificultosa su acreditación.
4. — Constatado el suceso, y en tanto el abuso que provocó el daño al actor ocurrió en las instalaciones escolares, el factor de atribución de la responsabilidad aplicable a los propietarios del establecimiento educativo es objetivo conforme el art. 1117, Cód. Civil.
5. — Por tratarse de personas en situación de vulnerabilidad, los niños merecen una protección especial, conforme lo reconoce la Constitución Nacional en su texto y los tratados internacionales de jerarquía constitucional.
6. — Existe cuantiosa normativa que recalca la protección especial que merecen los niños, niñas y adolescentes, y reconoce sus derechos y descalifica las conductas que atentan contra ellos

y que son susceptibles de generarles un perjuicio. Cuando ello ocurre, cobra virtualidad el sistema de responsabilidad civil o de derecho de daños que compete a quien provoca un menoscabo a repararlo.

7. — Las acciones que tomó la escuela frente al hecho de abuso sexual sucedido demostraron no abordar el problema en su integralidad. Se sugirió cambiar al alumno agredido de horario y se escuchó a la familia que fue a hablar, es decir, medidas insuficientes al tiempo de educar y formar. Así, se hubiera podido concientizar sobre el necesario respeto, tolerancia y consideración hacia la libertad e individualidad que debe regir entre compañeros y compañeras, en todo momento, aun al tiempo de jugar. Hubiera sido esa una manera posible de superar lo acontecido y, además, instruirlos como futuros adultos en una sociedad libre del flagelo de la fuerza y la opresión. La solución de separar al niño víctima de la clase para alejarlo de su par agresor no hizo más que profundizar las diferencias que él no había provocado.
8. — No cabe encuadrar al acontecimiento en el supuesto de hecho que habilita la exclusión de la cobertura. De acuerdo con el principio de buena fe que debe imperar en la interpretación de los contratos, cabe inferir que lo pactado en la póliza alude a situaciones en las cuales el acoso, abuso o discriminación proviene del propio asegurado, es decir, de los dependientes del colegio y no de un alumno.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Abuso sexual dentro de establecimiento educativo.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: \$200.000

Daño psíquico: \$450.000

CNCiv., sala K, 08/07/2022. - P., P. y otro c. c. H. M. de N. S. del S. (F. DI B. s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/91483/2022]

① COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

① INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expediente N° 22604/2014

2ª Instancia.- Buenos Aires, julio 8 de 2022.

La doctora *Bermejo* dijo:

I. Vienen las actuaciones a este tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto por el actor (24 y 26 de febrero de 2021) y por la demandada (2 de marzo de 2021), contra la sentencia de primera instancia (23 de febrero 2021). El accionante expresó agravios (13 de diciembre de 2021), mientras que el recurso de la emplazada fue declarado desierto (17 de febrero de 2022). Luego, se dictaron los autos para sentencia (20 de abril de 2022).

II. Los antecedentes del caso

La señora P. P., en representación de su hijo menor de edad F. J. M., promovió la presente demanda por los daños y perjuicios que alegó sufrió su hijo como consecuencia de los malos tratos y abuso sexual padecidos durante el año 2013, mientras aquel cursaba sexto grado del turno tarde en el “Colegio Francesco Faa Di Bruno” —“Instituto de Vida Consagrada de las Hermanas Mínimas de Nuestra Señora del Sufragio” — (fs. 49/56 y 59).

Expuso que su compañero K. R. lo maltrataba y abusaba sexualmente de él desde principios de clases y que F. guardó absoluto silencio, aunque se lo notaba muy triste, inapetente y con una conducta extraña.

Explicó que en la reunión de padres celebrada el 6 de septiembre de 2013, convocada por el colegio a pedido de otros padres, tomó conocimiento de los hechos, los que luego su hijo corroboró. Narró que, por la sorpresa y gravedad de la noticia, se retiró antes de su finalización, pero que supo por otros padres que se suscribió un acta dando razón de lo conversado.

Precisó que el día 10 de septiembre de 2013, en compañía de sus hijos mayores de edad, concurrió a una reunión con la directora, la señora E. C. G., y con la vicedirectora, la señora M. C. A. S., en la que denunció los graves incidentes.

Indicó que les informó, entre otras cuestiones, que el alumno R. exhibía videos pornográficos en su celular a F. y a otros niños.

Alegó que las autoridades del establecimiento negaron los hechos y manifestaron que eran cosas de chicos, que no había que preocuparse. Añadió que se rehusaron a proporcionarle copia de las actas de las reuniones, por lo que inició las diligencias preliminares, a través de las cuales se accedió a la documental.

Aclaró que F. padece epilepsia como enfermedad de base, la que se encontraba bajo absoluto control, pero empeoró a partir del estrés extremo que vivió por los eventos relatados. Describió los distintos profesionales que trataron al menor de edad durante ese período, quienes le recomendaron reposo escolar.

Desarrolló que, desde que conoció los eventos, F. dejó de concurrir al colegio, mientras que el niño agresor lo hacía normalmente. Explicó que, por indicación de la directora, realizaba trabajos con ayuda de una maestra particular que luego eran recibidos en la institución, lo que se extendió hasta fin de año.

Indicó que, en distintas oportunidades, intentó entregar a la escuela los certificados médicos, pero no los recibían y solicitaban que se presentara una constancia de “la enfermedad de F.” Alegó que, mediante carta documento, intimó a la accionada a que los admitan. Luego, reprodujo los términos del intercambio epistolar.

Prosiguió explicando que la condición escolar de F. continuaba indefinida. Desarrolló que concurrió al establecimiento y una persona de administración le entregó el boletín del que surgían cincuenta y nueve inasistencias injustificadas y que el niño había aprobado sexto grado como alumno regular.

Refirió que, en los primeros días de diciembre, F. solicitó una entrevista con la señorita A. M. D. V., quien adujo era la religiosa que manejaba el colegio, con quien el menor de edad había mantenido una relación fluida. Indicó que, a último momento, se le informó que no podía ser recibido, lo que incrementó la angustia de su hijo.

Consignó que el 13 de febrero de 2014 presentó una denuncia ante la Dirección General de Educación y Gestión Privada.

Precisó que tuvo que cambiar a F. de colegio ya que la demandada no aseguraba las condiciones mínimas de seguridad y que su hijo lo vivió como un castigo.

Por último, atribuyó la responsabilidad al colegio demandado y requirió la citación en garantía de “ACE

Seguros SA". Ofreció prueba y solicitó que se haga lugar a la demanda, con más intereses y costas.

Con posterioridad, la emplazante individualizó la cuantía de los rubros reclamados y la señora Defensora de Menores e Incapaces asumió la representación del niño (fs. 59 y 61).

Por otra parte, si bien la accionada contestó demanda oportunamente (fs. 151/160), no se tuvo por replicada la acción con esa presentación, sino con una posterior que mantuvo la misma postura con relación a los hechos (fs. 167/174 y 175). Por ello, luego, se tuvo por integrada la contestación con ambos escritos (fs. 230).

Asimismo, por la discordancia entre el nombre del instituto individualizado en la demanda y el informado por la emplazada al presentarse en autos, se tuvo por enderezada la petición contra el "Instituto de Vida Consagrada de las Hermanas Mínimas de Nuestra Señora del Sufragio" (fs. 230).

La reclamada sostuvo que es titular del colegio "Francesco Faa Di Bruno Hermanas Mínimas de Nuestra Señora del Sufragio" y efectuó una serie de negativas de los hechos denunciados por la reclamante. En lo particular, negó de forma rotunda haber tenido conocimiento de algún acontecimiento cometido en perjuicio del menor de edad.

Relató que, durante el desarrollo del ciclo lectivo 2013, F. no evidenció ningún comportamiento que permitiera siquiera presumir la existencia de alguno de los eventos enunciados en el emplazamiento inicial. Refirió que el niño cursó en el establecimiento educativo desde primer grado, con las dificultades propias de su enfermedad de base, por lo que resultaba un alumno conocido por los docentes y autoridades. Agregó que su madre no concurrió al colegio durante el ciclo lectivo 2013 a manifestar su preocupación y/o cambios de ánimo de F.

Recalcó que aquella no describió un acto concreto sufrido por su hijo dentro del establecimiento educativo o en momentos en que se encontraba bajo el control de la autoridad educativa, conforme lo exige el artículo 1117 del Cód. Civil. Calificó de vago e impreciso el relato de la actora en tanto no precisó circunstancias de tiempo, espacio o lugar.

Reconoció que en la reunión de padres celebrada el 6 de septiembre de 2013 se trataron cuestiones disciplinarias del grupo de alumnos y se recibieron quejas acerca del comportamiento de K., pero afirmó que no se abordó la ocurrencia de las acciones denunciadas en la demanda ni de hecho alguno susceptible de generar las consecuencias disvaliosas reclamadas. Aña-

dió que las autoridades del establecimiento arbitraron los medios para evitar actos de indisciplina.

Alegó que, a partir de lo conversado, la accionante elaboró una serie de presunciones que no fueron confirmadas por ninguna circunstancia concreta que permitiera inferir que F. fuera maltratado y abusado sexualmente y, menos aún, que ello haya ocurrido en el establecimiento educativo.

Comunicó que el 7 de septiembre de 2013 la reclamante decidió, de forma unilateral, interrumpir la escolaridad de E., como consecuencia de la enfermedad de base del alumno, lo que surgía de los certificados médicos.

Reflexionó que, si bien el régimen de reparación previsto en el artículo 1117 del Cód. Civil es objetivo, para que nazca esa imputación se debe acreditar la ocurrencia del acto dañoso mientras que el menor de edad se encuentre bajo el control de la autoridad educativa.

En adición, impugnó los rubros indemnizatorios, ofreció prueba y peticionó se rechace la demanda, con costas.

A su turno, la letrada de la señora P. se presentó en carácter de apoderada de ambos progenitores del menor de edad, invocando la autorización de ambos para promover el proceso (fs. 190).

Con posterioridad, la aseguradora replicó la citación (fs. 259/264 vta.). Reconoció la vigencia de un seguro de responsabilidad civil con respecto a la accionada, pero alegó una exclusión de cobertura. Indicó que, según la póliza, el asegurador no cubre la responsabilidad que provenga de acoso sexual, abuso deshonesto, discriminación de cualquier tipo y abuso de la autoridad. A su vez, refirió que ello le fue notificado a la asegurada mediante carta documento.

En subsidio, contestó la citación, efectuó una negativa de los hechos y alegó la existencia de una franquicia y límite de cobertura.

Por último, ofreció prueba, impugnó los rubros reclamados y solicitó el rechazo de la demanda, con costas.

En su oportunidad, F. J. M. alcanzó la mayoría de edad, por lo que se presentó en autos por derecho propio y cesó la representación de la Defensoría (11 y 19 de agosto de 2020).

Sustanciadas la causa, se dictó el pronunciamiento sobre el mérito (23 de febrero de 2021).

III. La sentencia

El juez de grado rechazó la demanda entablada por la señora P. P. en representación de su hijo F. J. M., con costas en el orden causado (23 de febrero de 2021).

A su vez, reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

IV. Los agravios

El emplazante se agravia de que se haya desestimado la demanda (13 de diciembre de 2021).

Destaca que, de un hecho como el ocurrido, no quedan rastros objetivos ni indicios externos corroborantes, por lo que la imputación se basa en la palabra de la persona que incrimina. Aporta que no se puede exigir otra prueba cuando la conducta dañosa se realiza en situaciones en las que no hay testigos ni quedan rastros visibles de lo sucedido. Remata que la conclusión tendrá certeza si las múltiples líneas de prueba se orientan en el mismo sentido.

Considera que la valoración de la prueba efectuada por el magistrado de grado debe ser revisada en tanto derivó en una decisión que no contiene fundamentos sobre cuestiones que requieren explicación.

Remite a la pericia psicológica realizada por la doctora Bregazzi y critica que se haya desestimado sin razones válidas. Estima que, al rechazarla, el sentenciante infiere que mente, fabula o delira, sin ningún elemento que permita suponerlo.

Señala que el informe de la licenciada Miotti no pudo ser corroborado en el momento procesal oportuno por razones de fuerza mayor, en tanto se habría mudado al exterior y no la pudo contactar.

Se agravia de que el magistrado de grado no haya explicado el alcance y significado que le otorga a las “molestias y juego” que refiere la documental reservada. Entiende que ello es una prueba indubitable de que algo ocurrió según la propia accionada (aun cuando se desconozca el alcance).

A su vez, ataca que no se haya considerado el informe emanado de la Dirección de Gestión Privada que recomendó prevenir y evitar que vuelvan a producirse hechos similares en la escuela.

Embate que se haya omitido apreciar las constancias del CD acompañado a la demanda, que contiene grabaciones realizadas por la señora P. y su hija en distintas reuniones del colegio. Agrega que ese elemento de prueba es prácticamente imposible de corroborar, por lo que debe ser analizado en contexto. Adiciona que coincide con lo relatado por los testi-

gos en la medida cautelar iniciada. Aporta que, aunque desconocidos, los documentos privados emanados de terceros y ofrecidos como prueba documental pueden ser ponderados por el juez.

Resalta que se debe otorgar primacía a la realidad que surge de la causa por encima de soluciones que se corresponden a formalismos legales.

También cuestiona que no se le asignara valor a la prueba indiciaria.

Finalmente, resume sus agravios y remata que el sentenciante le atribuyó a la negativa de la demandada una valoración excesiva que le confirió un salvoconducto para transcurrir el proceso sin que le sea requerida prueba alguna de su defensa.

Por todo ello, peticiona se revoque el rechazo de demanda y se haga lugar a la pretensión, con costas.

V. Ley aplicable

Atento la entrada en vigor del Cód. Civ. y Comercial (Ley 26.994 y su modificatoria Ley 27.077), de conformidad con lo previsto en su artículo 7 y teniendo en cuenta la fecha de producción del evento en estudio, resultan de aplicación al caso las normas del Cód. Civil.

Empero, aun cuando el alegado evento dañoso se habría consumado antes de su sanción, no así las consecuencias que de él derivan, las que deberán cuantificarse acorde la ley vigente al momento en que la sentencia fija su extensión o medida (Kemelmajer de Carlucci, A., “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, segunda parte, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, p. 234).

VI. La responsabilidad

1. De forma preliminar, cabe señalar que el presente caso involucra la potencial responsabilidad del establecimiento educativo emplazado, por los daños que habría sufrido el reclamante como consecuencia de los alegados malos tratos y abuso sexual que habría recibido por un compañero de colegio.

En tal sentido, corresponde resaltar que, por tratarse de personas en situación de vulnerabilidad, los niños merecen una protección especial, conforme lo reconoce la Constitución Nacional en su texto y los tratados internacionales de jerarquía constitucional, fundamentalmente la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 75, inc. 22 y 23). Tal garantía también es receptada por la Declaración Universal de Derechos Humanos al indicar que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia es-

peciales (art. 25, inc. 2), por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 7) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (art. 19). A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagran la necesidad de adoptar medidas especiales de protección de los niños, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado (arts. 24, inc. 1 y 10, inc. 3, respectivamente).

Por lo tanto, a las previsiones generales de los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional que reivindican la dignidad e integridad de las personas en general, se le suman las disposiciones que protegen específicamente a los niños (preámbulos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y 5, inc. 1, 11, inc. 1, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos). En concreto, la Convención sobre los Derechos del Niño compele a los firmantes a que adopten medidas de toda índole para proteger al niño, niña y adolescentes contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo (art. 19).

A nivel local, la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (N° 26.061, promulgada el 21 de octubre de 2005) consagra su derecho a la dignidad y a la integridad física, sexual, psíquica y moral. A su vez, determina que quien tome conocimiento de malos tratos, de situaciones que atentan contra su integridad psíquica, física, sexual o moral o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de dicha ley (art. 9).

En síntesis, existe cuantiosa normativa que recalca la protección especial que merecen los niños, niñas y adolescentes, reconoce sus derechos y descalifica las conductas que atentan contra ellos y que son susceptibles de generarles un perjuicio. Cuando ello ocurre, cobra virtualidad el sistema de responsabilidad civil o de derecho de daños que compele a quien provoca un menoscabo a repararlo.

No obstante, para que proceda la reparación indicada, se exige la concurrencia de cuatro presupuestos: 1) el daño, que consiste en la lesión a un derecho o interés subjetivo del damnificado; 2) la antijuridicidad o incumplimiento objetivo; 3) la relación causal entre la conducta antijurídica y el daño; y 4) un fac-

tor de atribución subjetivo u objetivo, es decir, una razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto sindicado como responsable (Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar J. - López Cabana, Roberto M., "Derecho de obligaciones civiles y comerciales", Abeledo-Perrot, 2ª ed. actualizada, p. 159).

En lo específico, el Cód. Civil determina que los propietarios de establecimientos educativos, ya sea privados o estatales, deben responder por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores de edad cuando se encuentren bajo el control de la autoridad educativa, salvo que prueben la ocurrencia de un caso fortuito (art. 1117, Cód. Civil). Por ende, el factor de atribución aplicable es de tipo objetivo ya que no basta con probar que se obró con diligencia para excluir la responsabilidad.

2. En primer lugar, corresponde precisar lo relativo a la ocurrencia del suceso por el cual se pretende atribuir responsabilidad. En el caso, se alegó que un alumno sufrió un daño por otro mientras se encontraba bajo el control de la autoridad educativa. La carga de la prueba de la producción del evento recae sobre quien lo afirma (art. 377, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

De la prueba producida emerge que la señora P., en representación de F., impulsó las actuaciones sobre diligencias preliminares (N° 94638/2013) para obtener la exhibición y secuestro de los libros de actas donde se habría tomado razón de las reuniones de padres sobre temas inusuales, reclamos, denuncias o similares, celebradas en el "Colegio Francesco Faà Di Bruno" (fs. 35/38, causa cit.).

Oportunamente, el Oficial de Justicia que llevó a cabo dicha tarea detalló que secuestró el acta N° 177, del 10 de septiembre del 2013, y un certificado médico de igual fecha, no existiendo otro material que acredite las quejas sobre el particular correspondientes al año en curso (fs. 72, causa cit.). El acta retenida reza: "En el día de la fecha nos reunimos con la mamá de F. M. y dos de sus hijos, preguntamos sobre quién opinó que no debía venir a escuela a lo que respondió el neurólogo. Se habla de los dichos de violación, que los padres habían aludido, y les comentamos que los padres dijeron que no había sido así. Se les informa que los padres habían tratado de decirlo pero no se atrevieron. Queda en claro que solo hubo molestia y 'juegos' del alumno hacia F. Que cuando se extremaron los cuidados pararon. Se aclara que extremaremos los cuidados y que esperamos que F. vuelva y disfrute el resto del año. Se informa que se está trabajando con el grupo con la psicopedagoga y que lo seguiremos trabajando. Me entrega certificado para justificar inasistencias" (documental reservada a fs. 73, causa cit.). Luego, constan las firmas de los señores P. P., J. M., S. M., E. C. G. —quien figura como directora

del nivel primario— y de M. C. A. S. —vicedirectora— (documental reservada a fs. 73, causa cit.).

También consta el certificado médico aludido por el Oficial de Justicia, el que fue suscripto por el doctor Néstor Abel Estévez, Médico Neurólogo, y expone: “Dejo constancia estar asistiendo a F. M....Afectado de Epilepsia Parcial Compleja, medicinado con Ac Valproico...Sugiero licencia escolar hasta nuevo control en 20 días...” (documental reservada a fs. 73, causa cit.; copia a fs. 9 de las presentes actuaciones).

Asimismo, la señora P. aportó a los autos sobre diligencias preliminares otra constancia expedida por el mismo médico, del 17 de septiembre del 2013, en la que refirió que “Después de escanear a F. M., a quien observo decaído, deprimido, poco comunicativo, aumento medicación anticonvulsiva e indico incremento de actividad física...” (fs. 16, causa cit.; copia a fs. 23 de estas actuaciones). La autenticidad de ambos documentos fue reconocida por el Director General del “Hospital General 601-Hospital Militar Central” (fs. 410 a 416, esp. fs. 416 de estas actuaciones).

Por otra parte, la progenitora del legitimado activo agregó a ambas causas una evaluación psicodiagnóstica y tests realizados al menor de edad por la Licenciada M. A. Miotti, datados del 23 de septiembre y del 10 de octubre del 2013 (copia de fs. 10 a 22 de las presentes actuaciones; original de fs. 18 a 30 vta., autos N° 94638/2013). Allí la profesional consignó: “Dejó constancia que F. J. M. se encuentra realizando entrevistas psicodiagnósticas. El niño presenta una agudización de sintomatología psíquica, tristeza, astenia, crisis de valores sobre la autoridad y la justicia que pueden obstaculizar el proceso adolescente en el que va a ingresar, provocados por la situación escolar que relata. Sugiero en concordancia con lo solicitado por el médico neurólogo Néstor Abel Estévez...reposo escolar...” (copia de fs. 10 a 22, esp. fs. 19; original de fs. 18 a 30 vta., esp. fs. 18, autos N° 94638/2013).

Luego, apuntó que evaluó al niño, de 13 años a ese momento, a solicitud de sus padres, quienes manifestaron haber observado sintomatología psíquica de corte depresivo que atribuyeron a sucesos de abuso sexual realizados por otro menor de edad en el “Colegio Francesco Faa Di Bruno”, donde su hijo cursaba sexto grado (copia de fs. 10 a 22, esp. fs. 20; original de fs. 18 a 30 vta., esp. fs. 19, autos N° 94638/2013). Indicó que “F. colabora con espontaneidad, está globalmente orientado en tiempo y espacio...El juicio de relación, identificación c. comparación no presenta deterioros. El pensamiento sin alteraciones ni del curso ni del contenido...Manifiesta angustia y se siente desprotegido por parte de las autoridades escolares, ya que en ese colegio cursó el preescolar y parte de la primaria, o sea que su historia familiar la transitó en ese

instituto. Se siente maltratado, y eso lo hace extensivo a su grupo de compañeros. En las técnicas gráficas se aprecia ansiedad, tensión, inseguridad y dificultades de comunicación. El esquema corporal (conjunto de sensaciones quinesísticas y cenestésicas de su cuerpo) está deteriorado, con índices de minusvalía. Hay índices de bloqueo emocional” (copia de fs. 10 a 22, esp. fs. 20 vta./21; original de fs. 18 a 30 vta., esp. fs. 19 vta./20, autos N° 94638/2013).

La experta determinó que “Se aprecia una conflictiva con el cuerpo...Es de señalar que F. está en la zona fronteriza entre la pubertad y la adolescencia, y la crisis de valores por la que atraviesa sobre la justicia, la protección, la indefensión pueden obstaculizar el proceso adolescente o bloquearlo...” (copia de fs. 10 a 22, esp. fs. 21 vta.; original de fs. 18 a 30 vta., esp. fs. 20 vta., autos N° 94638/2013). Finalmente, concluyó que “Dadas las características de F., de lo declarado y analizado existe una alta probabilidad de que la depresión y la angustia que presenta sean reactivas a la confesa situación escolar...Se sugiere tratamiento psicoterapéutico por el lapso que sea necesario...” (copia de fs. 10 a 22, esp. fs. 22; original de fs. 18 a 30 vta., esp. fs. 21, autos N° 94638/2013).

Asimismo, la señora P. acompañó a su pretensión inicial un informe psicológico elaborado el 16 de diciembre de 2013 por la Licenciada Conrado del Servicio de Psicopatología Infanto Juvenil del “Hospital Militar Central” (fs. 24 y vta.). Allí, la especialista tratante refirió que “F. fue atendido en este Servicio, asistiendo a cuatro sesiones psicológicas. Por lo observado no se consideró necesario la intervención del área de Psiquiatría para medicarlo. El joven pudo repasar su problemática y se lo orientó específicamente en lo relacionado con su sexualidad, las referencias vividas en relación con el abuso sexual y su rol y actitudes frente al medio escolar donde ocurrió el hecho traumático para el joven. El fin de la orientación consistió en que pueda elaborar y repasar sus conflictos y preocupaciones en relación con su cuerpo y el vínculo con el otro. Se lo orientó también sobre los aspectos evolutivos normales y saludables de la conducta sexual de su etapa, de su desarrollo. En especial se trabajaron estos aspectos para que F. no asocie esta temática con el sometimiento, el silencio y la violencia. Se recomienda la continuación del tratamiento psicológico que realiza siendo por lo observado este favorecedor de mayor expresividad en el joven lo que permitió complementar con estas orientaciones en sexualidad” (fs. 24 y vta.). Posteriormente, la Licenciada Conrado corroboró la validez del informe (fs. 105 y vta., esp. fs. 105 vta.).

En adición, la reclamante adjuntó a la demanda cartas documento dirigidas al colegio en cuestión y respuestas de la representante de aquel (fs. 25 a 42).

En la primera de ellas, que data del 29 de noviembre de 2013 y fue recibida el 2 de diciembre, la señora P. recalcó: “Atento vuestra negativa injustificada del día 20 último a recibir dos certificados suscriptos por las... profesionales tratantes de mi hijo...para acreditar sus inasistencias y mantener su condición de alumno regular, notifico por este medio que el mismo no puede concurrir a clases debido a su depresión reactiva a los abusos de su compañero de grado K. R., como es de vuestro cabal conocimiento, motivo por el que nos encontramos en la mediación...” (fs. 31/32). Su autenticidad fue verificada por el Correo Argentino (fs. 340).

A su vez, la progenitora de F. aportó una misiva del 4 de diciembre del 2013 que le habría remitido la representante de la institución (fs. 39). Allí se afirmó que “Jamás se ha dado situación de abuso alguno que se encuentre en conocimiento de las autoridades de esta institución...” (fs. 39). Esta carta no fue respaldada por otra prueba, pero el Correo Argentino constató la réplica de la madre del alumno en la que hizo referencia al contenido precitado (14 de diciembre del 2013; fs. 35/35 y 340). Por último, figura una nueva carta documento que el establecimiento le habría enviado a la emplazante, mediante la cual desestimó sus manifestaciones (fs. 41).

Por otra parte, la señora P. alegó que interpuso una denuncia ante la Dirección General de Educación y Gestión Privada y acompañó a su demanda una constancia de recepción del 14 de febrero de 2014 (fs. 46/47). Allí, la aludida relató los hechos y describió otras situaciones de violencia que se habrían suscitado entre K. y sus compañeros. Sostuvo que esos sucesos fueron avisados reiteradas veces a las autoridades del colegio, tanto por alumnos como por padres (fs. 46/47, esp. fs. 46).

En su oportunidad, la Dirección General de Educación y Gestión Privada del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires remitió los antecedentes de la denuncia N° 1059, formulada por la señora P. contra la aquí demandada (fs. 316 a 319). En el archivo acompañado, contenido en un CD, figura la acusación previamente reseñada, los certificados médicos expedidos por el doctor Estévez, los informes de las licenciadas Miotti y Conrado —a los que ya se hiciera referencia en los párrafos anteriores— y una constancia emitida la licenciada J. R. G. el 14 de noviembre del 2013, la cual estipula: “Se estima necesaria la Evaluación Psíquica y eventualmente Neurológica del niño F. M. (13ª). Está medicado con Valproato por diagnóstico de Epilepsia (s/ convulsiones). Inicia consulta Psicológica el 10/10/2013. Motivo de consulta angustia y sentimientos de injusticia asociados a episodio traumática acaecido en el ámbito escolar (Agresión y abuso sexual por parte de un compañero). Esto determinó su

actual ‘exclusión’ de la escuela. La situación ha intensificado en F. sentimientos de desprotección y abandono...obsesivo sobre el tema y con ideas fijas recurrentes. Disociación e intensificación de la impulsividad. Fantasías violentas que expresan deseos de...del otro, con percepción consciente de la dificultad... inhibir el pasaje al acto...” (folio 1 a 10 vta., archivo contenido en CD, obrante a fs. 318).

A continuación, emerge que la denuncia se le notificó a las autoridades del instituto. La representante legal de aquel desconoció los hechos. Luego, se le dio intervención a la Supervisión Pedagógica del Nivel Primario que solicitó mantener contacto con la familia para no afectar la escolaridad del niño, en tanto aquel no concurría a clases. A su vez, surge la participación de un Supervisor Docente que detalló que el 25 de octubre de 2013 las autoridades del instituto presentaron la actuación N° 41569/2013, mediante la cual informaron la situación. Frente a ello, sugirió continuar con la metodología de trabajos prácticos. Preciso que, ante la imposibilidad de tramitar la escolaridad domiciliaria —posible solo hasta fines de octubre según Agenda Educativa— también se propuso ofrecer a la familia el pase al turno de la mañana. Agregó que para dicho trámite hubiera sido necesaria la presentación del certificado correspondiente (folio 16/17, esp. 16, archivo contenido en CD, obrante a fs. 318).

Finalmente, el supervisor aludido refirió que solicitó al establecimiento extremar los recaudos para evitar que esas situaciones, en la medida que hubieran ocurrido, puedan repetirse. También consignó que la señora P. debió cambiar a su hijo de colegio. Aconsejó insistir al instituto en potenciar los cuidados para disminuir el riesgo de generarse esas situaciones y seguir trabajando en las normas de convivencia dentro del mismo y en su comunicación a los padres. Ello fue luego avalado por la licenciada Raffa, coordinadora de la supervisión, quien agregó la necesidad de fortalecer “...el consejo dado al colegio de prevenir situaciones que puedan dar lugar a malos entendidos o interpretaciones erróneas por parte de alumnos y padres” Luego, se decidió archivar las actuaciones (folio 19 y 20, archivo contenido en CD, obrante a fs. 318).

Reseñadas las constancias aludidas, cabe precisar que la demandada y la citada en garantía desconocieron la totalidad de la documental acompañada por la reclamante (fs. 151/160 y 167/174, esp. fs. 153 vta. y 171; 259/264 vta., esp. fs. 261 vta./262).

Con posterioridad, se produjo en autos la prueba testimonial. En primer lugar, la señora M. J. R. —quien adujo ser compañera de trabajo de la señora P.—, preguntada con respecto a lo ocurrido a F. en su colegio mientras cursaba en 2013, replicó que “Fue abusado

por su compañero K. Lo sé por la madre, en el trabajo nos contó del caso de su hijo.” (fs. 322 a 323 vta., esp. fs. 323). Indicó, en lo atinente a la inasistencia, que “El colegio no recibía los justificativos de las faltas de F. Fui testigo de acompañar el colegio a P. y que nadie del colegio se los haya recibido...nadie nos quiso atender...” (fs. 322 a 323 vta., esp. fs. 323).

A su turno, la señora M. L. F. indicó que también era compañera de trabajo de la madre de F. y refirió que el menor de edad “...fue abusado sexualmente por un compañerito, no me acuerdo el nombre. Lo sé porque mi compañera vino y lo contó en el trabajo...el colegio en ningún momento quiso recibir los certificados. Lo sé porque yo la acompañé junto con J. al colegio, nos estuvieron paseando por todo el colegio...Terminamos en la puerta del colegio y nos dijeron que nos fuéramos...” (fs. 324 y vta., esp. fs. 324).

En su oportunidad, la señora R. L. O. manifestó conocer a la señora P. de vista y también a la demandada, por asistir su hijo a ese colegio. Preguntada para explicar qué sucedió en una reunión de padres celebrada en septiembre del 2013 contestó que no sabía porque no asistió y no pudo aportar mayores datos con respecto a lo que ocurría con el alumno K. R. (fs. 326).

Finalmente, el señor T. M. G. declaró no conocer a la actora, pero sí al instituto demandado porque su hijo iba a ese colegio (fs. 327 y vta., esp. fs. 327). Requerido para informar acerca de una reunión de padres convocada en septiembre del 2013, aseveró que “sí, hubo una reunión de padres que fui yo, en la que se trató el tema de un campamento, nada más. Después no fui más a reuniones...” (fs. 327 y vta. esp. fs. 327). Afirmó no conocer al alumno K. R. y agregó que “...Supuestamente J. lo vio a este chico K. en el baño, pero no sé nada. Mi hijo no sabe ni vio nada...Él estaba en el aula y esto creo que pasó en el baño. Estaban en el recreo el resto. La verdad que no sé exactamente lo que pasó en el baño, los rumores eran solo de eso...” (fs. 327 y vta. esp. fs. 327 vta.).

Posteriormente, la perito médica especialista en psiquiatría presentó su informe (fs. 428/433 vta., 441 y vta. y 452 y vta.). Tras entrevistar a F. en dos oportunidades, plasmó que aquel “En relación al episodio que motiva la pericia, dice que nunca profundizó ese tema con nadie. Relata que tenía un compañero un año mayor, pero sensiblemente más grande de tamaño —acota yo era chiquito y gordito—, que siempre los molestaba a él y a sus compañeritos, insultándolos y empujándolos...En la ocasión a la cual se refiere esta pericia —en abril del 2013— el niño se encontraba jugando a las escondidas con sus otros compañeros, cuando el niño mencionado, de nombre K., que estaba al margen, no participando, de pronto lo suje-

tó del brazo ‘de la nada’ (o sea, sin intercambio previo entre ambos) y, según refiere F., lo habría llevado a un cuartito que estaba en el fondo, donde le habría apoyado la zona genital sobre una parte del cuerpo del joven. ‘Mis compañeros no hicieron nada. Cuando estábamos así entró un profesor, nos preguntó que hacíamos ahí, nos ordenó que saliéramos pero no hizo nada más. No me preguntó qué había sucedido.’ Esta perito interrogó si hubo contacto más íntimo, pero el joven respondió que no, que fue solo un toqueteo a través de la ropa.” (fs. 428/433 vta., 441 y vta. y 452 y vta., esp. fs. 428 vta. y 429).

Continuó que el examinado “No lo contó en la casa pues temía que lo criticaran por no haberse defendido. Al fin, a los dos meses, la madre se habría enterado por los padres de los compañeros, que aparentemente estaban al tanto por el relato de sus hijos. El joven refiere que tuvo mucho miedo de que la situación se repitiera, cuando veía al otro niño transpiraba, tenía palpitaciones. No era siempre igual, a veces se podía concentrar y a veces no. A veces se olvidaba pero otras no tanto. ‘No veía el momento de decirse-lo a mi mamá ni (sic) a mis hermanos, intentaba pero luego no lo hacía porque pensaba que lo iban a criticar por no haberme defendido. Cuando ella se enteró por padres de otros compañeros me preguntó si me habían acosado en el colegio, me puse a llorar y mi mamá y mis hermanos me consolaron. Pero yo pienso que sí me hubiera defendido no me hubiera pasado esto.’ Refiere que en general es de defenderse poco.” (fs. 428/433 vta., 441 y vta. y 452 y vta., esp. fs. 429).

Luego, refirió que F. “Relata que cuando la madre se enteró no quiso que siguiera yendo al colegio, el resto del año hizo escolaridad domiciliaria, manifiesta que se aburría en su casa. En realidad hubiera querido regresar al colegio. ‘Me sentía enojado con el colegio porque no hicieron nada para defenderme a mí. Hubo una vez que J. (la psicóloga que lo trataba) me dijo que fuera a hablar con la monja, pero ella no quiso hablar conmigo, yo creo que no me creían. Vi por las noticias de la tele de qué se trata el tema del acoso y la verdad que es feo...” (fs. 428/433 vta., 441 y vta. y 452 y vta., esp. fs. 429).

A continuación, la profesional dictaminó que F. “... Parece absolutamente veraz en sus dichos... Discurso minucioso, prolijo, abunda en detalles, no en forma dispersa sino concentrada y ordenada. Evidencia rasgos obsesivos marcados, que puede obedecer a un intento inconsciente de poner orden en una vivencia que sintió como caótica. Al momento del examen el juicio de realidad está conservado... Al referirse al hecho que motiva la pericia se angustia visiblemente. Hay algunos elementos depresivos cuando se auto inculpa al decir que ‘si se hubiera defendido esto no hubiera pasado’ lo cual intenta darle un sentido —aun-

que fuera a costa de sí mismo— a un evento que sintió como traumático...” (fs. 428/433 vta., 441 y vta. y 452 y vta., esp. fs. 429 y vta. y 430).

Recalcó que “El relato del actor es verosímil y coherente, y se corresponde con emociones adecuadas al mismo. Al relatarlo por primera vez a alguien se le llenan los ojos de lágrimas, visiblemente afectado. No hay ideas delirantes, alguna ideación obsesiva y algunos autorreproches exclusivamente al hablar del tema. No hay simulación en relación a este tema. Por otro lado, manifiesta deseos de ‘dejar este tema atrás’, de no continuar con la memoria del mismo... Desliza que le da miedo de que este episodio le afecte cuando quiera tener relaciones sexuales, espera no acordarse...” (fs. 428/433 vta., 441 y vta. y 452 y vta., esp. fs. 430).

Con posterioridad, la perito entrevistó a la progenitora, quien, según la experta, narró la realidad familiar de F. e indicó que a los seis años se le diagnosticó epilepsia por trastornos de conducta (fs. 428/433 vta., 441 y vta. y 452 y vta., esp. fs. 430 vta.).

Llevado a cabo un segundo encuentro con el emplazante, la perito consignó que “El joven refiere que después de la entrevista pericial, en la cual habría contado por primera vez el episodio, se puso muy mal, se sentía enojado, angustiado, triste y comenzó a recordar todos los días el episodio de autos. Por un mes no quiso ir al colegio... Sentía bronca con K. A consecuencia de ello cambió de psicóloga y de psiquiatra... Refiere que el episodio de autos ahora está bastante olvidado, ‘por lo menos lo puedo contar sin ponerme mal. Se lo he contado a la psicóloga del colegio se impresionó de lo fluido que lo contaba. Pienso que fue bueno contarlo acá porque algún día lo tenía que contar. Para que me lo saque de encima. Para que pase a ser historia’. Ya cuando lo cuenta no se pone mal.” (fs. 428/433 vta., 441 y vta. y 452 y vta., esp. fs. 431 y vta.).

Asimismo, según la profesional, el legitimado activo le relató que “Desde hace dos meses ha soñado varias veces con el evento traumático, según él porque está haciendo un tratamiento ‘de desensibilización’ destinado a mitigar los efectos del trauma... ‘Soñé lo mismo pero al final siempre se agregaba algo. Todos aparecían con una sonrisa en un fondo negro con roje, como si se estuvieran burlando de mí. Me despertaba agitado a medianoche. Hace 15 días que no sueño con eso, soñaba una vez por semana. De todas maneras pienso que el tema del colegio está cerrado.” (fs. 428/433 vta., 441 y vta. y 452 y vta., esp. fs. 431 vta.).

Luego, la especialista indicó que “...se contactó con los profesionales que lo atienden desde hace 3 o 4 meses. 1) La lic. Andrea Schnaitt dijo que estaba mejor,

que ahora estaba hablando de otras cosas, no tanto de la situación del colegio. 2) Informe del Dr. Claudio Michanie... que transcribo: El paciente F. M. de 17 años presenta un cuadro compatible con Estrés Post-traumático, con desorganización conductual y desregulación emocional... El paciente ha evidenciado una buena evolución...” (fs. 428/433 vta., 441 y vta. y 452 y vta., esp. fs. 431 y vta.).

Finalmente, aseguró que el evento relatado le provocó a F. un Trastorno por *Stress* Posttraumático (fs. 428/433 vta., 441 y vta. y 452 y vta., esp. fs. 433 vta.). Al respecto, agregó que “...según el actor y su madre, las autoridades escolares no le habrían dado la oportunidad de relatarlo y según ellos no lo han considerado como habiendo existido, lo cual dificulta la elaboración del hecho traumático. Lo primero que requiere la persona que ha sufrido un hecho traumático es que se le reconozca el mismo...” (fs. 428/433 vta., 441 y vta. y 452 y vta., esp. fs. 433).

Frente al informe, la parte actora y demandada solicitaron explicaciones vinculadas con el porcentaje de incapacidad estimado y la relación causal con el evento aquí denunciado, pero no observaron las cuestiones relativas al acaecimiento del hecho (fs. 436 y vta. y 440).

A su turno, la doctora M. Andrea Hortas, designada perito médica de oficio, presentó su dictamen (fs. 478/482). Allí, consignó que el accionante le habría relatado que “...cuando se encontraba cursando 6° fue abusado sexualmente sin penetración por un compañero, sucedió en el año 2013. Comenta que su compañero era un chico violento, estaban jugando a las escondidas sus compañeros menos él. Este compañero lo agarró del brazo y lo llevó a un rincón y de atrás lo apoyó, intentó penetrarlo, pero como llegaron los otros compañeros lo dejó. Estos se rieron y el profesor hizo que no pasó nada, no recuerda más nada. No se lo contó a la madre porque sabía que había pasado, en realidad no habló con nadie, comentó que el padre del chico era violento y lo maltrataba. Su madre se enteró por una reunión de padres, y el colegio no tomó medidas, el chico se fue del colegio y cuando la madre se enteró lo sacó del colegio y comenzó a hacer tareas en su casa y al año siguiente lo cambió de colegio...” (fs. 478/482, esp. fs. 480).

3. En virtud de la prueba reseñada, considero que se encuentra acreditado el abuso que motivó la promoción de las presentes actuaciones (cfr. art. 377, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Ello porque, aun tratándose de eventos complejos de corroborar, en el caso existe numerosa prueba—tanto recolectada con inmediatez al hecho como con posterioridad— que se aprecia como indicios que

concluyen en la presunción judicial de que el evento denunciado ha existido (conf. art. 163, inc. 5, segundo párrafo, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En primer lugar, de la experticia psicológica surgen los detalles del hecho relatados por F, los que luego reiteró en la pericia médica. Conforme lo indicado por la psiquiatra, su narrativa fue coherente y no evidenció adulteraciones (fs. 428/433 vta., 441 y vta. y 452 y vta.; arts. 386, 477, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

A su vez, el relato de F. se condice con el informe emitido por la Licenciada Conrado, quien atendió al reclamante en diciembre de 2013 e indicó haberlo orientado por el abuso sexual vivido, aunque no aportó detalles relativos a su contexto. En adición, ello coincide con las constancias emitidas por el doctor Estévez, médico psiquiatra del entonces menor de edad, quien, a septiembre de 2013, lo observó decaído, deprimido y poco comunicativo, por lo que le indicó reposo escolar. Conforme se anticipó, la documental referida fue reconocida por los profesionales que la efectuaron.

Lo antedicho es reforzado por el certificado médico expedido por la licenciada G. el 14 de noviembre de 2013, del que surge que la experta atendió al niño porque sufría angustia y sentimientos de injusticia asociados al abuso sexual acaecido en el ámbito escolar. Aquel fue acompañado por la señora P. a la denuncia efectuada ante la Dirección General de Educación y Gestión Privada y, conferido el traslado en sede administrativa, la contraria no cuestionó la constancia precitada, como tampoco lo hizo al ser incorporado el archivo de la denuncia en cuestión a estos autos.

Lo mismo surge de los informes realizados por la licenciada Miotti en septiembre y octubre del 2013, los que, si bien fueron desconocidos por la contraria y no fueron verificados por su emisora, resultan concordantes con las demás pruebas reseñadas. Allí, la técnica refirió que el niño se sentía desprotegido por las autoridades escolares y maltratado, incluso por sus compañeros, además de experimentar ansiedad, tensión, inseguridad, dificultades de comunicación y un deterioro del esquema corporal. La especialista concluyó que existía una alta probabilidad de que la depresión y angustia sean reactivas de la confesa situación escolar relatada por sus padres, es decir, consecuencia del abuso sexual.

Dable es precisar que los dictámenes deben valorarse de conformidad con las reglas de la sana crítica y con sujeción a las normas de aplicación al caso (esta Sala, causas 20586/2016, sent. del 21/02/2019; 33.977/2013, sent. del 20/03/2019, 86684/2013, sent. del 04/04/2019, entre otras).

Éstas indican que, para apartarse de la pericia suficientemente fundada, es necesario oponer argumentos científicos que pongan en duda su eficacia probatoria. Las meras opiniones en contrario, sin esgrimir motivos valederos, son inhábiles para provocar el apartamiento de las conclusiones vertidas por quien es experto en un área de la ciencia o técnica (art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Comercial; esta Sala, causas 20586/2016, sent. del 21/02/2019; 33977/2013, sent. del 30/03/2019, entre muchas otras).

Es por ello que, tomando los dictámenes de las peritos y los informes de los distintos profesionales que trataron a F., se aprecia coincidencia en el relato, al igual que todos los expertos concuerdan en la solvencia de su narración, lo que aporta a su credibilidad. El análisis de los médicos tratantes del niño en aquel momento, el encuentro de la madre y hermanos del actor con las autoridades de la escuela, los dichos del testigo T. M. G., padre de un niño que iba a ese colegio, quien si bien no conocía al menor de edad que se dijo que era el agresor supo por rumores de la ocurrencia de un evento en el baño de la escuela (fs. 327 y vta., esp. fs. 327), tornan elementos que acreditan la veracidad de lo acontecido (arts. 386, 456, 477, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Por consiguiente, aun cuando no se desentrañó con exactitud la fecha puntual del evento, se corroboró que aconteció durante el curso lectivo del año 2013, antes del mes de septiembre —cuando la progenitora de F. se enteró de ese hecho en una reunión de padres—, y mientras que el actor cursaba sexto grado en el establecimiento emplazado. Además, cabe tener por acreditado que el abuso sexual se cometió por otro niño de la escuela en las instalaciones del instituto.

La imposibilidad de una prueba directa no contradice la existencia del hecho. Cuando se trata de casos de abuso sexual, el entorno privado donde sucede, lejos del control de terceros, torna dificultosa su acreditación. En materia de prueba en casos de abuso sexual infantil, cabe recurrir, principalmente, al relato del suceso efectuado por el damnificado, dado que es habitual que no se suscite frente a testigos, resultando fundamental la coherencia y sostenibilidad de los dichos prestados (Schneider, Mariel V., “Testimonio de los menores víctimas de abuso sexual: cómo valorar la retractación de la denuncia inicial”, publicado en RDF 2021-V, 33, cita online: TR LALEY AR/DOC/2396/2021). Es por ello que la prueba de presunciones adquiere una relevancia especial.

Como menciona Hernando Devis Echandía, el indicio es todo hecho que sirve para deducir la existencia de otro o de otra situación, en virtud de la conexión lógica que entre aquel y este encuentra el Juez,

basado en los principios o nociones comunes o técnicas que constituyen su cultura general (autor citado, “Teoría General de la prueba judicial”, Tomo 2, Editorial Zavalla, p. 616 y ss.).

Devienen indicios todos los aportes antes referidos de los dictámenes, testimonios y prueba documental citados y reseñados.

En definitiva, en vista a las directrices que deben primar en los procesos que involucran potenciales afectaciones de los derechos de los niños y el modo en que debe ser apreciada la prueba en este tipo de casos, considero que las constancias aludidas permiten tener por acreditado el hecho (art. 377, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Por lo dicho, encuentro verificado el acontecimiento del abuso sexual, en los términos antes mencionados. No así los malos tratos que el actor habría sufrido de sus compañeros, en tanto no se produjo prueba en ese sentido (arts. 377, 386, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

4. No desmerece lo dicho el argumento de la accionada al contestar la demanda en cuanto a que la imprecisión del evento le obstaculizó su derecho de defensa. Ello pues, como se señaló, las autoridades supieron de la agresión alegada, por lo que no puede afirmarse su ignorancia, aun antes de deducirse la demanda.

5. Constatado el suceso y en tanto el abuso que provocó el daño al actor ocurrió en las instalaciones escolares, el factor de atribución de la responsabilidad aplicable a los propietarios del establecimiento educativo —el “Instituto de Vida Consagrada de las Hermanas Mínimas de Nuestra Señora del Sufragio” como titular del colegio “Francesco Faa Di Bruno Hermanas Mínimas de Nuestra Señora del Sufragio”— es objetivo (art. 1117, Cód. Civil). Además, existe relación de causalidad entre el hecho y el daño.

Por todo lo dicho y razones expuestas, propicio al Acuerdo revocar la sentencia de grado, admitir la demanda por daños y perjuicios interpuesta por el señor F. J. M., antes representado por su madre, la señora P. P. y atribuir la responsabilidad por el evento denunciado al “Instituto de Vida Consagrada de las Hermanas Mínimas de Nuestra Señora del Sufragio” —titular del colegio “Francesco Faa Di Bruno Hermanas Mínimas de Nuestra Señora del Sufragio”— (arts. 1117 Cód. Civil; 377, 386, 477, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VII. Indemnización

a) Daño patrimonial. Incapacidad sobreviniente

Corresponde avanzar sobre el análisis de la procedencia de los daños invocados en la demanda. En este aspecto, se destaca que en el emplazamiento inicial se solicitó se admita el reclamo de \$900.000 en concepto de daño moral y daño psicológico, con más intereses a correr desde abril de 2013, momento desde el cual, según dijo la señora P., habrían comenzado las agresiones, a pesar de desconocerlo con exactitud (fs. 49/56 y 59, esp. fs. 49).

Ofreció como prueba la intervención de un perito médico neurólogo, un psiquiatra y un psicólogo para que informen acerca del diagnóstico y secuelas que padeciera F. y las posibilidades de tratamiento (fs. 49/56 y 59, esp. fs. 55 vta.). Luego, se aclaró que se peticionaban las cantidades de \$500.000, \$200.000 y \$200.000 en concepto de daño patrimonial, moral y psicológico, respectivamente (fs. 49/56 y 59, esp. fs. 59).

En concreto, no se alegó el padecimiento de ningún otro daño patrimonial más allá de la incapacidad psicológica y física —neurológica— de F. Por lo tanto, el tratamiento de la merma patrimonial se ceñirá a las afectaciones precitadas. En lo que respecta a los montos pedidos, en tanto se reclamaron \$500.000 por la disminución patrimonial en general y \$200.000 por la psicológica y ambas mermas —física y psicológica— son de carácter patrimonial, cabe interpretar que el valor total pedido por este rubro asciende a la cantidad de \$700.000.

En el supuesto de lesiones, el daño patrimonial se configura cuando existe incapacidad o disminución de las aptitudes físicas o psíquicas que incide en las posibilidades laborales y en tanto genera una restricción de la potencialidad productiva, el que es indemnizado como daño emergente.

Es decir, probada la merma de esa aptitud para tener un trabajo, el daño ya existe, pues su anterior plena potencialidad se encuentra limitada en el porcentaje que la experticia indica, lo que trasluce un perjuicio ya sea para trabajar o buscar una nueva labor (esta Sala, causas N° 33.977/2013, sent. del 20/03/2019; 86.684/2013, sent. del 04/04/2019, entre otras).

En lo que respecta a la minusvalía psicológica, me remito a los informes reseñados en el punto precedente. En lo concreto, la perito psiquiatra consideró “...que el actor ha sufrido a consecuencia del evento de autos, según la semiología psiquiátrica y el relato del mismo, un Trastorno por Stress Postraumático cuya sintomatología cedió en un principio alrededor de 8 a 10 meses del evento, pero que se reagudizó luego de la entrevista pericial y actualmente está en vías de remisión. Por lo tanto esta perito está en condiciones de sugerir a V.S. que el actor ha sufrido una

incapacidad parcial y transitoria del cinco por ciento (5%).” (fs. 428/433 vta., 441 y vta. y 452 y vta., esp. fs. 433 vta.).

Frente a las impugnaciones de la parte actora y la accionada (fs. 436 y vta. y 440), la perito ratificó sus conclusiones y aclaró que la incapacidad advertida era la que estrictamente se vinculaba con el evento de marras (fs. 428/433 vta., 441 y vta. y 452 y vta., esp. fs. 441 y vta. y 452 y vta.).

A su turno, la perito médica, tras examinar al actor y sus antecedentes médicos, dispuso que “Las lesiones neurológicas del Sr M. no guardan relación con el incidente que lleva a la presente litis. La afección era previa a este, no ha referido que el abuso haya agravado el cuadro neurológico” (fs. 478/482, esp. fs. 481 vta.).

En lo que refiere a la valoración que merece la pericia, resultan aplicables las nociones indicadas en el apartado anterior.

En síntesis, teniendo en cuenta la disminución psíquica del 5% padecida por F, las circunstancias particulares del legitimado activo —como es el haber tenido 13 años, aproximadamente, al momento del evento—, sus condiciones personales y familiares (conf. constancias del expediente sobre beneficio de litigar sin gastos, N° 22604/2014/1), propongo admitir por este rubro la suma de \$450.000 (pesos cuatrocientos cincuenta mil; arts. 3, 1068, Cód. Civil; 7, 1737 a 1740, Cód. Civ. y Com. de la Nación; 165, 386, 477 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

b) Daño moral

En el libelo inicial se solicitó por este concepto la cantidad de \$200.000.

Como sostuvo esta Sala en varios precedentes, esta indemnización persigue la satisfacción de la víctima por el victimario, a través de una prestación de índole patrimonial que se le impone a este último a favor de aquella, aunque no siempre el rol de tal reparación es estrictamente resarcitorio, sino que puede ser satisfactorio, como ocurre en el daño moral.

Tal valoración debe efectuarse teniendo en cuenta la entidad del daño moral, en función de la gravedad del menoscabo (conf. Bueres, Ponencia presentada en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil con la adhesión de los Dres. Banchio, Pizarro, Vallespinos, Zavala de González, entre otros).

En esa dirección se orienta la opinión prevaleciente en doctrina al propiciar la reparación integral, para algunos plena, de todo perjuicio provocado.

Debe decirse, asimismo, que si bien es cierto que el daño moral por aplicación de las reglas que rigen la carga de la prueba debe ser acreditado por quien pretende su reparación, es prácticamente imposible utilizar para ello una prueba directa por la índole espiritual y subjetiva del menoscabo.

En cambio, es apropiado el sistema de la prueba presuncional como idóneo, a fin de evidenciar el perjuicio de ese orden. Los indicios o presunciones hominis se efectúa a partir de la acreditación por vía directa de un hecho del cual se induce indirectamente otro desconocido, en virtud de una valoración hecha por el Juzgador basada en la sana crítica (art. 163 del ritual).

Por lo tanto, es necesario probar indefectiblemente la existencia del suceso que origina el daño debiendo darse entre aquel y este último una relación de causalidad que conforme el curso normal y ordinario permite en virtud de presunciones hominis evidenciar el perjuicio.

Por consiguiente, en vista a cómo ha incidido el suceso en la vida de F y la alteración que le produjo en su ánimo, considero acreditado que sufrió un perjuicio extrapatrimonial. A su vez, en tanto al demandar se petitionó la suma de \$200.000 por este concepto y no se la sometió a lo que surgiera de la prueba a producirse, en virtud del principio de congruencia —el que impide apartarse de lo requerido por las partes—, propongo al Acuerdo receptor esta partida por el valor indicado (pesos doscientos mil; arts. 3, 1078, Cód. Civil; 7, 1741, Cód. Civ. y Com. de la Nación; 34, inc. 4, 163, inc. 6, 271, 356, inc. 1, 165, 386, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VIII. Intereses

En el libelo inicial se solicitó que a las sumas receptoras se les adicione los intereses correspondientes, a partir de abril del 2013, fecha en la que se estimó habría ocurrido el evento.

La doctrina del acuerdo plenario de fecha 20 de abril de 2009 en autos “Samudio de Martínez, Ladislao c. Transporte Doscientos setenta SA sobre daños y perjuicios”, dejó sin efecto la fijada en los plenarios “Vázquez, Claudia Angélica c. Bilbao, Walter y otros sobre daños y perjuicios” del 2 de agosto de 1993 y “Alaniz, Ramona Evelia y otro c. Transportes 123 SACI, interno 200 sobre daños y perjuicios” del 23 de marzo de 2004 y estableció como tasa de interés moratorio la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con cómputo desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta

el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido. Esta excepción debe ser alegada y probada por la parte a quien afecta (principio dispositivo).

Los perjuicios sufridos a causa de un hecho ilícito tienen su origen en el siniestro ocurrido, porque el perjuicio se ha producido allí y la mora *ex lege* nace en ese momento (conf. art. 1067 Cód. Civil).

Por lo demás, el juez en la sentencia fija un quantum, lo que de ningún modo equivale al momento a partir del cual la obligación se hace exigible, teniendo en cuenta que la no liquidez de la suma no implica la no exigibilidad y, por tanto, es desde la mora —en el caso, el hecho— que resulta computable.

Lo que se debe no es una suma determinada, sino la compensación que el acreedor tiene derecho a percibir como resarcimiento por el daño padecido, que se resuelve en una suma dineraria en el momento en que el juez, al dictar sentencia, fija su determinación y cuantificación. La naturaleza de la deuda (de valor) no cambia por el procedimiento que se realice (cuantificación).

En tal sentido, la circunstancia de tratarse en el caso de deudas de valor que se traducen en una suma de dinero como compensación del perjuicio producido y que el órgano jurisdiccional fija en la sentencia, no implica en modo alguno, que la fijación del quantum contenga mecanismos de actualización o cualquier otro que configure una repotenciación o indexación de deuda.

Por otra parte, los antecedentes mencionados y la doctrina plenaria recaída en autos “Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos setenta SA sobre daños y perjuicios”, no permiten diferenciar con respecto a la valuación con fundamento en la fecha de fijación de la cuenta indemnizatoria, ni tampoco atendiendo a la naturaleza de la obligación, ya que aquellos dispusieron una solución aplicable a todos los casos acorde a su generalidad.

Agregando que la salvedad que se hace al responder al interrogante referido a desde cuándo y hasta qué momento se fija la tasa moratoria que se formuló en el acuerdo del plenario predicho no es operante en este contexto; dicha salvedad queda confinada al hipotético caso de que, en el futuro, se autorizara la repotenciación de un capital de condena, lo que, en principio, no es posible hacer actualmente, en acatamiento del derecho vigente.

Es por lo dicho que, desde el inicio de la mora, ya sea que la obligación pertenezca a la órbita contrac-

tual o aquiliana, hasta el cumplimiento de la sentencia queda determinada una regla general: aplicar al cálculo de intereses moratorios (art. 622 del Cód. Civil) la tasa activa. Dicho aserto no admite cuestionamiento.

No obstante, aun derogadas en un futuro hipotético las leyes que prohíben la actualización por repotenciación de deuda, a efectos de otorgarle virtualidad a la excepción a la regla general resuelta en el plenario referido de “Samudio”, es necesario que se den ciertos presupuestos: la coexistencia de un enriquecimiento de una parte y un empobrecimiento de la otra, la relación causal entre ambos e inexistencia de una justa causa que avale la variación operada entre los patrimonios del deudor moroso y su acreedor, que altere el significado económico del capital de condena por aplicación de una tasa distinta a la activa en el cálculo de los intereses moratorios, todo lo cual deberá ser debidamente solicitado y acreditado por el interesado.

Ello así, por cuanto la facultad morigeradora de oficio es propia cuando en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1197) las partes pactaron intereses punitivos exorbitantes en caso de mora del deudor, pero de ningún modo cuando se trata del supuesto contemplado por el anterior art. 622 del Cód. Civil, atento al principio dispositivo del proceso; la naturaleza patrimonial de la acción ejercida y las reglas respecto de la carga probatoria establecida en el art. 377 del Código Procesal.

En lo que respecta al inicio de su cómputo, conforme se anticipó en los puntos anteriores, se desconoce la fecha exacta en la que habría ocurrido el suceso, que aconteció durante el ciclo lectivo 2013. Por ende, en tanto la constancia de fecha más antigua se remonta al 10 de septiembre del 2013 (acta de la reunión de padres celebrada ese día y certificado médico efectuado por el doctor Estévez), considerando que no se cuenta con otra prueba, propongo al Acuerdo que los intereses se computen a partir de dicha fecha.

Por las razones brindadas, estimo que a las sumas reclamadas se les debe aplicar la tasa activa de interés cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días que percibe el Banco de la Nación Argentina, desde el 10 de septiembre del 2013 y hasta el efectivo pago.

IX. Exclusión de cobertura del seguro

1. Al contestar la citación en garantía, “Ace Seguros SA” reconoció la vigencia del seguro del colegio a la época del evento y alegó que el hecho de marras calificaba de uno de los motivos de exclusión de cober-

tura. Dicha defensa se retoma en esta instancia en virtud de la apelación adhesiva.

La aseguradora acompañó a su responde el contrato de seguro, el que, en su artículo I, cláusula dos, punto II, de las condiciones particulares, dispone: "... Riesgos excluidos...El Asegurador no cubre la responsabilidad del Asegurado en tanto sea causado o provenga de: ... Acoso sexual, Abuso deshonesto, discriminación de cualquier tipo y abuso de autoridad." (fs. 245 a 256, esp. fs. 250). Corrido el traslado, la parte actora desconoció la documental acompañada y los alcances de la póliza aludida (fs. 276). En su oportunidad, la validez del contenido del contrato de seguro fue constatado por la perito contadora (fs. 305/306, esp. fs. 306).

Del análisis de la constancia indicada emerge que, por las particularidades del caso, no cabe encuadrar al acontecimiento en el supuesto de hecho que habilita la exclusión referida. De acuerdo con el principio de buena fe que debe imperar en la interpretación de los contratos, cabe inferir que lo pactado en la póliza alude a situaciones en las cuales el acoso, abuso o discriminación proviene del propio asegurado, es decir, de los dependientes del colegio, y no de un alumno. Es que resulta habitual que este tipo de pactos prevean que la citada en garantía no protege, a priori, la indemnidad patrimonial de su contratante cuando aquel efectúa una conducta ilegítima, lo que se interpreta se quiso concertar en la cláusula en cuestión.

2. Resuelto ese punto, resta tratar lo atinente a la franquicia y el límite de cobertura invocado por la aseguradora. En primer lugar, en atención a que la citada en garantía y la demandada se presentaron con distinto patrocinio, no existe oposición de intereses entre los colegitimados pasivos y su representación técnica, por lo que debe tratarse la pertinencia del reclamo.

En tal sentido, es mi criterio la inoponibilidad al damnificado del alcance de la cobertura, el cual he desarrollado con detallado fundamento en muchos pronunciamientos (v.gr. esta Sala, en "Ambulancias Confiar SRL c. Azul SA de Transporte Automotor y otros s/ daños y perjuicios", exp. N° 106387/2013, sent. del 02/06/2020, entre muchos otros). Asimismo, este Tribunal ha tenido oportunidad de expedirse en autos "Pereira, María Marta c. Micro Omnibus Ciudad de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios". Se dijo, entonces, en referencia a la validez de los plenarios que "...El Decreto Ley 1285/1958 estableció el recurso de inaplicabilidad de la ley (arts. 27, 28 y 29) con el objeto de unificar doctrinas contradictorias, lo que fue recogido por el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación en su artículo 303. Como instituto propio del derecho procesal, de consabido orden público, los fallos ple-

narios se aplican a los procesos pendientes, aunque versen sobre cuestiones anteriores en razón de tener la eficacia consagrada legislativamente, diferenciándose así del derecho sustancial respecto al ámbito temporal en el que resulta aplicable. Tanto es así que la propia Cámara Civil en pleno señaló, antes de entrar en vigencia el decreto ley mencionado, que ellos resultaban aplicables a todas las actividades jurídicas que ocurran bajo su vigencia (5-XI-43, JA, 1943-IV, 501)".

En cuanto a los precedentes de la Corte Suprema se sostuvo que "En los recursos de hecho 'Nieto, Nicolasa del Valle c. La Cabaña SA y otros' del 8 de agosto de 2006, 'Villarreal, Daniel Alberto c. Fernández, Andrés Alejandro y otros' del 29 del mismo mes y año y 'Cuello, P. Dorotea c. Lucena, Pedro Antonio' del 7 de agosto de 2007, el Alto Tribunal revocó fallos dictados por Salas de esta Cámara que habían decretado la inoponibilidad de la franquicia, estableciéndose que los mismos se habían apartado del derecho vigente, con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad".

Además, se indicó en la resolución de esta Sala que "Constituye una diferencia importante que, si bien el último de los fallos dictados es de fecha posterior al plenario establecido por esta Cámara, todos ellos se refieren a sentencias dictadas con anterioridad a la vigencia del plenario 'Obarrio'. Si bien es cierto que la Corte ha decidido que la franquicia resulta oponible en los casos señalados, en numerosos precedentes el Máximo Tribunal ha expuesto que la sentencia sustentada en un fallo plenario seriamente fundado no es susceptible de descalificación como acto judicial (Fallos: 267:47) y que si la cuestión ha sido resuelta por una Cámara Nacional de Apelaciones en fallo plenario, a través del recurso de inaplicabilidad de ley, no mediando error manifiesto en la decisión ni interés institucional, habiendo sido resuelto el caso por aplicación de la doctrina establecida en fallo plenario, 'acontece la posibilidad de que se superpongan instancias de casación que exceden los fines que requiere la aplicación uniforme del derecho federal' siendo que no encuentra fundamento racional en la sola necesidad de la uniformidad de la aplicación de las leyes nacionales, porque se trata de un extremo ya satisfecho por el recurso legalmente previsto por ante otro alto tribunal de la Nación y ejercido por este en reunión plenaria (Fallos: 256:372, citado por Palacio, Lino E., LexisNexis - Abeledo-Perrot, "El recurso extraordinario y las cuestiones infraconstitucionales simples", JA, 2003-I-1341)".

En concordancia con ello, también se expresó que los tribunales nacionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueden apartarse fundadamente de sus precedentes pues "...a pesar de algunos inconvenientes que de ello pudieran derivar, es una consecuen-

cia necesaria del sistema federal adoptado en la Carta Magna siendo en virtud de la superior autoridad de que la Corte está institucionalmente investida que le compete el deber de reconocer y hacer respetar el poder jurisdiccional que la misma Constitución ha otorgado a los tribunales inferiores, en tanto lo ejerzan razonablemente y dentro de la esfera de sus respectivas competencias, aunque sus decisiones en materias que les son propias no concuerden con precedentes de la Corte (Fallos: 304:1459)".

Es cierto que con posterioridad se ha pronunciado nuevamente la Corte en el Recurso de hecho "Obarrío, María Pía c. Microómnibus Norte SA y otros", como así también en "Gauna, Agustín y su acumulado c. La Economía Comercial SA de Seguros Generales y otro", ambos de fecha 4 de marzo de 2008 donde se ha remitido a los fundamentos de los casos "Cuello" y "Villareal" ya citados, admitiendo la oponibilidad de la franquicia.

En cuanto al plenario "Obarrío", se dijo en el precedente "Pereira" antes citado de este tribunal que "Vale entonces traer los argumentos esgrimidos por el voto impersonal de la mayoría en el fallo señalado, subrayando que fueron veintiocho los miembros que se expidieron sobre la inoponibilidad de la franquicia en el Acuerdo convocado, frente a la minoría, integrada por seis Señores Jueces de este Tribunal, que se pronunciaron en sentido contrario". Se señaló que "...la Superintendencia de Seguros de la Nación no halló mejor remedio, para paliar la mentada 'emergencia' del sector asegurador que establecer tal descubierto, a título de franquicia, con el propósito de impedir al damnificado ejecutar la sentencia contra el asegurador, citado en garantía por la empresa explotadora del transporte colectivo que causó los daños; que esa franquicia o descubierto desvirtuaría lisa y llanamente la obligatoriedad del seguro exigido por la ley 24.449".

A su vez, se expresó "que dentro de ese límite el asegurado carece de seguro y que aunque en lo formal se consideren operativos los límites mínimos de cobertura de los seguros obligatorios contratados para responder a siniestros que causen daños a terceros, transportados o no, en virtud de lo dispuesto por las Resoluciones 21.999/1992 y 22.058/1993, todo contrato de seguro que cubra los riesgos de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros debe ser estipulado de acuerdo a la Resolución 25.429/1997, puntualizándose que no se trata de un seguro voluntario sino obligatorio, pues las entidades aseguradoras no están autorizadas por la Superintendencia a celebrar otros contratos cuyo contenido normativo difiera del autorizado."

También manifestó que, "...de ese modo, se ha puesto a cargo de los damnificados la financiación del costo de la 'emergencia', lo que resulta grave porque la estadística demuestra que la mayor parte de accidentes protagonizados por transportes públicos no superan el monto del 'descubierto',... resultando irrazonable el monto fijado porque la gran mayoría de los daños a pasajeros o a terceros no transportados quedan a cargo de las empresas de transporte, de importancia económica para ellas, pues resulta desvirtuada la exigencia legal dispuesta por la norma citada de la Ley de Tránsito, al no poder contratar otro seguro que cubriese el riesgo no asegurado en virtud de tratarse (en la inteligencia de la Resolución mencionada) de un riesgo no asegurable".

Dejó sentado el voto "...que la respuesta negativa a la cuestión de la oponibilidad a los terceros ha tenido en cuenta, para así decidir, la exorbitante cuantía de la franquicia dispuesta por la autoridad de control para este seguro y que no se cuestiona, fuera de ese alcance, el instituto de la franquicia que a priori o dogmáticamente considera oponible al damnificado según los términos del art. 118 de la ley de seguros, concluyendo que, en el caso, es la irrazonabilidad del descubierto previsto en las pólizas del sector asegurado lo que está en juego".

Se agregó luego que "Más allá de todo lo expresado, el Máximo Tribunal varias veces reiteró la necesidad de aportar nuevos argumentos que permitan prescindir de doctrina jurisprudencial de la Corte aplicable al caso (Fallos: 319:699; "Ristagno, Luis Bruno c. Corporación del Mercado Central de Buenos Aires", 08/07/2003, entre otros), lo que permite efectuar una serie de consideraciones respecto del agravio en análisis."

También que "El derecho de daños ha evolucionado desde la responsabilidad civil (es decir búsqueda de un culpable) hacia el acceso del damnificado a la reparación de daños (que se logró con la reforma de Borda) y quedó pendiente el acceso al resultado económico de la reparación (al igual que sucede en los accidentes de trabajo después del fallo Aquino) y que ahora se concreta en el seguro obligatorio sin franquicia... Otra vez más, la Jurisprudencia ha dado una muestra de madurez frente a la contradicción de intereses: persona vs. economía y eligió a la persona (La inoponibilidad de la franquicia al damnificado. Gherzi, Carlos A., Nota a Fallo: LA LEY, 2006-E, 679, "Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales", Tomo III, 1675, comentario al fallo A. 2652. XXXVIII - Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 31, 13/05/2004, "A., A. M. y otras c. G., D. G. y otro", CNCiv., Sala B 09/05/2006, "A., A. M. c. G., D. G.", www.laleyonline.com.ar. Sin duda, el derecho a la salud y a la integridad física (art. 5, inc. 1° de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos), garantías constitucionales de carácter inalienable, predominan por su jerarquía, sobre los fines que han determinado la sanción de la mentada Resolución”.

Por otra parte, “...al verse las transportadoras precisadas a convenir un seguro de acuerdo a lo que dispone imperativamente una Resolución de la Superintendencia, la autonomía de la voluntad no resulta el eje central ante lo que puede denominarse un ‘contrato forzoso’. De allí que devendría oponible al tercero una cláusula que, en rigor de verdad, no es fruto de la libertad de contratación. Ciertamente la norma establecida por la ley 17.418 que dispone: ‘La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro’ (artículo 118) que fuera sancionada hace más de treinta años, no parece que pueda ser interpretada en la actualidad como fuera entendida a la época de su dictado atendiendo a la tan elevada cuantía que fija en la actualidad la franquicia obligatoria dispuesta por el Anexo III de la Resolución 25.429/1997”.

Se dijo que “Como consecuencia del interés asegurable —relación económica entre un sujeto y un bien— el monto de la cobertura puede ser limitado con franquicia, siempre y cuando esta no altere una obligación legal, sea irrazonable o afecte el orden público, pues en ese caso sería ilícito. Una franquicia de \$40.000 invocada por la Compañía de Seguros torna ilícito el interés asegurable y se opone a una ley de orden público que exige el seguro con carácter obligatorio (Correa, José Luis, ‘Responsabilidad del Estado por la franquicia aprobada por la Superintendencia de Seguros de la Nación para el Transporte Público de pasajeros. A propósito de los fallos de la Corte Suprema, el plenario de la Cámara Nacional y de la Suprema Corte de Mendoza’, LLGran Cuyo 2007 (mayo), 367)”.

Asimismo, se trajo a colación las conclusiones de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Lomas de Zamora los días 27, 28 y 29 de septiembre de 2007 (Comisión N° 3 “Contratos. Efectos de la franquicia en el contrato de seguro sobre la responsabilidad civil”) donde se expresara: que las partes del contrato de seguro de responsabilidad civil son asegurador y asegurado; que el damnificado es tercero ajeno rigiendo la autonomía de la voluntad con sus limitaciones (por ej., entre otros. los arts. 953, 954, 1071 y 1198 del Cód. Civil); que la franquicia es oponible al tercero damnificado ajeno al contrato de seguros, salvo en los casos que exista obligación legal de contratar un seguro de responsabilidad civil; que cuando existe una imposibilidad legal de contratarlo, la existencia de una franquicia, como la dispuesta por la Res. 25.429/97 desnaturaliza la esencia del contrato de seguro, resultando una cláusula nula o inoponible

a los damnificados; que los contratos de seguros pueden ser considerados como relaciones de consumo contemplados por el art. 42 de la CN y normas concordantes. También fue subrayado en las citadas Jornadas la necesidad de reafirmar en el régimen asegurativo argentino la función social del seguro de responsabilidad civil, propiciando su modificación en materia de transporte de pasajeros, así como complementar el sistema de seguro obligatorio con fondos de garantía que tendrá por objeto cubrir la insolvencia del dañador, la falta de cobertura o el anonimato del causante del daño”.

En adición, cabe señalar que el plenario Obarrio destacó que la franquicia constituye un límite de cobertura, por lo que las argumentaciones vertidas aplican a los casos en los que se pacta un tope máximo, incluso ante la postura asumida por la CSJN (fallo “Flores, Lorena Romina c. Giménez, Marcelino Osvaldo y otro s/ daños y perjuicios acc. tran. c. les. o muerte; sent. del 06/06/2017; 340:765), la que merece idénticos reparos a los expuestos.

Por último, cabe destacar, tal como fuera señalado en los autos “Leone, Verónica y otros c. MODO SA de Transportes Automotor y otros s/ ds. y perjs.” del 14/09/2018, que la Resolución N° 39.927 (BO 18/07/2016) dictada por la Superintendencia de Seguros de la Nación estableció nuevas pautas para la regulación del seguro de transporte automotor al disponer en las Condiciones Generales del Seguro de Responsabilidad Civil de Vehículos Automotores destinados al Transporte Público de Pasajeros, Anexo II, cláusula 2° —“Franquicia o Descubierta Obligatorio a Cargo del Asegurado”— que en todo reclamo de terceros, la aseguradora asume el pago de la indemnización, poniendo a cargo del asegurado el reembolso del importe del Descubierta Obligatorio a su cargo, dentro de los diez días de efectuado el pago por el asegurador.

De tal manera, la doctrina que emana del Plenario “Obarrio” se refuerza con el criterio adoptado por la Superintendencia de Seguros de la Nación al sancionar la nueva normativa (CNCiv, Sala G, “G. A. y otro c. D. S. A. D. T. A. y otro s/ daños y perjuicios”, Expte. N° 19.304/13, 12/06/2018), la que más allá del comienzo de su vigencia en los términos que indica (1° de septiembre de 2016), al encontrarse comprendida la cuestión dentro de las normas de derecho del consumidor y en virtud de lo dispuesto por el art. 7° del Cód. Civ. y Com. de la Nación, tal disposición resulta de aplicación retroactiva, postura sostenida en el pronunciamiento mencionado, a cuyos fundamentos cabe remitirse.

Por tales razones, propongo extender la condena dispuesta en el presente fallo a la citada en garantía

“Ace Seguros SA” y declarar inoponible al damnificado la franquicia y el límite de cobertura pactado en la póliza respectiva (art. 386, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

X. Perspectiva convencional

Previo a concluir con mi voto, considero prudente realizar un análisis adicional en vista a los sucesos verificados, solo a mayor abundamiento y en observación de lo ocurrido desde la perspectiva convencional, en resguardo de los grupos considerados constitucionalmente en una situación de vulnerabilidad, entre ellos, el de los niños, niñas y adolescentes (art. 75 inc. 23, CN), en vista al obrar evidenciado por el colegio demandado en el evento que motivó estas actuaciones. Es objetivo de este comentario es la sensibilización, un llamado para crear una predisposición favorable para la decisión, formulación y aplicación de criterios de prevención en respeto a los derechos humanos, en especial, en los ámbitos formativos. Así, si bien desde el horizonte del derecho de daños es suficiente el análisis fáctico acorde el art. 1117 del Cód. Civil —normativa aplicable en estos obrados—, ello importaría una lectura recortada de la universalidad jurídica.

Las autoridades sabían del hecho. En el acta labrada en el colegio con motivo de la reunión con la señora P. y sus hijos mayores, el 10 de septiembre de 2013 —secuestrada en el marco de los obrados sobre diligencias preliminares—, se dejó constancia sobre supuestos “dichos sobre violación.” También se señaló que otros padres habían comentado que no había sido así, además de que adujeron que quedaba claro que solo se trataba de molestias y juegos. Incluso se reconoció que se extremarían los cuidados y que una psicopedagoga estaba trabajando con el grupo.

Lo dicho también surge de las cartas documento dirigidas por la progenitora de F. al colegio en noviembre y diciembre del 2013, año del evento. A su vez, en los trámites de la denuncia realizada por la señora P. ante la Dirección General de Educación y Gestión Privada del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires consta que en octubre del año 2013 las autoridades de la escuela informaron la situación, frente a lo cual se sugirieron una serie de medidas, entre ellas, la posibilidad de que F. cambie de turno. Además, la prueba testimonial asevera lo antedicho; las señoras R. y F. relataron que la madre del entonces menor de edad había intentado entregar al establecimiento los certificados médicos correspondientes y que no fueron recibidos.

A través de las instituciones de enseñanza, el Estado cumple con el derecho a la educación. Su relevancia reside, como ha dicho la Corte Interamericana de De-

rechos Humanos, en que es el derecho “...que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad” (CorteIDH, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC 17/02”, párr. 84.; “Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 119, sent. del 24/06/2020; “Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, sent. del 08/09/2005. Serie C No. 130, párr. 185.).

Sin embargo, como también señaló este Tribunal americano, si la educación se imparte vulnerando derechos humanos, no permite cumplir los cometidos señalados, pues, como puntualizó, “resulta frontalmente contraria a los mismos y, por ende, violatoria del derecho a la educación. Los Estados deben adoptar acciones adecuadas para prevenir violaciones a los derechos humanos en el curso del proceso educativo de niñas y niños” (“Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 118). Si bien el precedente referido se vincula a la violencia sexual ejercida por una autoridad del colegio con una niña, lo que difiere del caso actual en tanto se trata de un evento entre dos alumnos, no desplaza la necesidad del colegio de abordar la problemática desde la enseñanza.

Sin embargo, las acciones que tomó la escuela frente al hecho sucedido, demostraron no abordar el problema en su integralidad. Como se relató, se sugirió cambiar al alumno agredido de horario y se escuchó a la familia que fue a hablar, es decir, medidas insuficientes al tiempo de educar y formar. Así, se hubiera podido concientizar sobre el necesario respeto, tolerancia y consideración hacia la libertad e individualidad que debe regir entre compañeros y compañeras, en todo momento, aun al tiempo de jugar. Hubiera sido esa una manera posible de superar lo acontecido y además, instruirlos como futuros adultos en una sociedad libre del flagelo de la fuerza y la opresión.

La solución de separar al actor de su clase para alejarlo del niño agresor no hizo más que profundizar las diferencias que él no había provocado. Como se relató, el tuvo una maestra a domicilio, hasta que luego lo cambiaron de colegio. Ciertamente es, como menciona Garapon, que las soluciones destinadas a apartar a las personas —de cualquier ámbito— parecen mucho más sencillas que aquellas que pretenden reinsertarlas (Garapon, Antoine, “Juez y democracia”, *Flor de Viento* ediciones, España, 1997, p. 233). En verdad, con la solución implementada, el colegio demandado contribuyó a la exclusión y al alejamiento del damnificado.

Lo que ha padecido el accionante —por parte de otro alumno— no es más que una forma de violencia, a la que se suma la que la escuela le provocó al no haber obrado como correspondía. Esta tenía una

posición privilegiada para rencausar, en lo posible, lo acontecido y redirigir esa mala experiencia en un aprendizaje donde la víctima no se sienta provocadora de la situación. Con la ayuda de los docentes y el gabinete especializado se hubiera podido actuar en este caso, al igual que en forma preventiva de posibles hechos futuros.

A modo de síntesis, como mencionó la Corte Interamericana recordando al Comité de los Derechos del Niño, entre las medidas de prevención que deben adoptar los Estados —también a través de los centros de enseñanza públicos y privados—, además de las dirigidas a enfrentar las actitudes que perpetúan la tolerancia y la aceptación de la violencia en todas sus formas, resultan relevantes las decisiones educativas, las cuales “deben combatir las actitudes, tradiciones, costumbres y comportamientos que toleran y promueven la violencia contra los niños, y fomentar un debate abierto sobre la violencia” (Observación General No. 13, párr. 47). Como se dijo, esas medidas “..deben ayudar al niño a prepararse para la vida cotidiana, adquirir conocimientos y participar en la sociedad, y mejorar las capacidades de los cuidadores y profesionales que trabajan con niños” (ídem, párrafo 44). En este caso, la Institución demandada no tuvo un desempeño adecuado, si bien, se reitera, se menciona a modo de reflexión sin incidencia al tiempo de establecer la condena.

XI. Por las consideraciones vertidas, propongo al acuerdo: 1) Revocar la sentencia de grado en cuanto: a) Admitir la demanda incoada por el señor F. J. M. — antes representado por su madre, la señora P. P. por ser menor de edad— y condenar al “Instituto de Vida Consagrada de las Hermanas Mínimas de Nuestra Señora del Sufragio” a abonarle la cantidad de \$450.000 y \$200.000 en concepto de incapacidad psíquica sobreviniente y daño moral, respectivamente, más intereses conforme la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días que percibe el Banco de la Nación Argentina, desde el 10 de septiembre del 2013 y hasta el efectivo pago; b) Extender la condena a la citada en garantía “Ace Seguros SA” y declarar inoponible al damnificado la franquicia y el límite de cobertura pactado en la póliza respectiva; c) Imponer las costas de la instancia de grado a la demandada y a la citada en garantía vencidas (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial); 2) Imponer las costas de Alzada por su orden, atento la falta de contradictor

(art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial); 3) Diferir el tratamiento de los recursos de honorarios para cuando exista en autos liquidación definitiva (art. 279, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

La doctora *Maggio*, por las consideraciones y razones aducidas por la doctora *Bermejo*, vota en igual sentido a la cuestión propuesta.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcrito precedentemente, por unanimidad de votos el Tribunal decide: 1) Revocar la sentencia de grado en cuanto: a) Admitir la demanda incoada por el señor F. J. M. — antes representado por su madre, la señora P. P. por ser menor de edad— y condenar al “Instituto de Vida Consagrada de las Hermanas Mínimas de Nuestra Señora del Sufragio” a abonarle la cantidad de \$450.000 y \$200.000 en concepto de incapacidad psíquica sobreviniente y daño moral, respectivamente, más intereses conforme la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días que percibe el Banco de la Nación Argentina, desde el 10 de septiembre del 2013 y hasta el efectivo pago; b) Extender la condena a la citada en garantía “Ace Seguros SA” y declarar inoponible al damnificado la franquicia y el límite de cobertura pactado en la póliza respectiva; c) Imponer las costas de la instancia de grado a la demandada y a la citada en garantía vencidas (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial); 2) Imponer las costas de Alzada por su orden, atento la falta de contradictor (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial); 3) Diferir el tratamiento de los recursos de honorarios para cuando exista en autos liquidación definitiva (art. 279, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1° de la ley 26.856, 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/2013 de la CSJN. La difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. Notifíquese por secretaría y cúmplase con la comunicación pública dispuesta en las Acordadas de la CSJN 15/2013 y 24/2013. Oportunamente, devuélvase a la instancia de grado. Se deja constancia de que la Vocalía N° 32 se encuentra vacante y que la Dra. Beatriz Alicia Verón no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia. — *Silvia P. Bermejo*. — *Lorena F. Maggio*.

Educación emocional en el siglo XXI

La justicia terapéutica

José D. Mendelewicz (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Educar con responsabilidad.— III. La justicia terapéutica.

I. Introducción

La sentencia publicada muestra que un alumno que cursaba sexto grado sufrió una agresión sexual por parte de otro alumno, en las instalaciones del instituto educacional al que concurría.

Las conductas interpersonales se desarrollan desde temprana edad. A medida que el niño crece estas conductas determinan formas de comportamientos y capacidades para resolver las dificultades.

En este camino de enseñanza y aprendizaje aparecen diferentes actores sociales: la familia, la escuela, el club, el barrio, los medios de comunicación, las redes sociales, entre otros.

Cada uno aportará, desde el lugar que ocupa, habilidades para que el niño se desenvuelva en la sociedad, crezca sanamente y se comporte como un buen ciudadano capaz de controlar sus emociones y de solucionar los conflictos de modo pacífico. Para alcanzar este objetivo hay que educar al niño tanto en el plano conceptual cuanto, en sus capacidades emocionales, de intensa experiencia no verbal.

Hasta fines del siglo XX, la gran preocupación era como lograr que el niño mejore sus capacidades intelectuales; los aspectos emocionales y sociales estaban reservados al ámbito privado, vale decir que cada uno, a lo largo de la vida, sería el responsable de su desarrollo personal.

En este siglo, el bienestar del niño no solo se alcanza con un alto rendimiento académico, es menester que la educación emocional y social sean atendidas y apoyadas por la familia, pero también de forma explícita por la escuela y la comunidad.

La salud emocional aparece, en los últimos años, para dar respuesta a hechos que se producen en los ámbitos escolares y que impactan fuertemente por ser el espacio en donde el niño no solo adquiere conocimientos académicos sino también contención, cuidado y encuentro.

Si el niño no desarrolla en la infancia estas habilidades y competencias socioemocionales es probable que en la adolescencia y en la adultez pueda convertirse en un ser insensible e indiferente al dolor y al sufrimiento ajeno.

Dable es destacar que Corrientes es la primera provincia de la República en aprobar una ley de educación emocional. La ley 6398, sancionada el 10 de noviembre del año 2016, propone en el art. 3° "...desarrollar, mediante la enseñanza formal, cada una de las habilidades emocionales, conocimiento de uno mismo, autorregulación emocional, motivación o aprovechamiento productivo de las emociones, empatía y habilidades sociales, con el objetivo de alcanzar una mejor calidad de vida de todos los ciudadanos".

II. Educar con responsabilidad

La Convención sobre los Derechos del Niño (art. 29) establece que:

1. Los Estados Parte convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

(*) Abogado. Docente universitario.

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas.

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya.

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena.

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

Por su parte, la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (art. 15), con relación al derecho a la educación dispone: las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la educación pública y gratuita, atendiendo a su desarrollo integral, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía, su formación para la convivencia democrática y el trabajo, respetando su identidad cultural y lengua de origen, su libertad de creación y el desarrollo máximo de sus competencias individuales; fortaleciendo los valores de solidaridad, respeto por los derechos humanos, tolerancia, identidad cultural y conservación del ambiente.

Como se observa, este conjunto de normas promueve el desarrollo de programas educativos que favorezcan el crecimiento físico, emocional, intelectual, social de los niños y estimula la comunicación y la pacífica convivencia en los centros escolares a partir del trabajo con docentes, alumnos y familias.

Con estos lineamientos un programa educativo debe ayudar a los niños y jóvenes a:

- 1) Reconocer y expresar emociones e ideas.
- 2) Conocerse y confiar en sí mismos.

3) Desarrollar el autocontrol.

4) Empatizar con los demás.

5) Cuidar su salud.

6) Aprender a tomar decisiones responsables.

7) Adquirir habilidades sociales.

8) Preservar el medio ambiente.

Todo debe estar unido en un solo proceso educacional. Educar mente-cuerpo en todos sus aspectos; elaborar un programa holístico (terapéutico y pedagógico) que contemple las necesidades concretas del niño, promoviendo el desarrollo de las competencias socioemocionales. En este proceso el papel del docente, como protagonista de la realidad educativa, es fundamental; los maestros también tienen emociones y se reflejan directamente en el crecimiento y bienestar del niño, sobre todo en el período en el que han sido sus referentes.

En la conformación de la identidad del niño la función del educador tiene una importante significación al ser una figura de identificación, de guía emocional y de contención afectiva. Las capacidades emocionales se aprenden y para tal fin alguien debe enseñarlas. El ambiente escolar es el lugar para crear y fortalecer vínculos, establecer los límites y enseñar habilidades para la vida. Educar con responsabilidad implica, en primer lugar, la formación de docentes emocionalmente capaces de generar un clima de entusiasmo e innovación para permitir que el alumno despierte su creatividad. En este sentido, un programa de formación docente debe contener técnicas basadas en relación, *mindfulness*, la *role-playing*, la lectura de cuentos, la musicoterapia, el arte, el análisis de videos y de películas. La formación del docente en estos aspectos le otorgará el dominio de distintas herramientas psicoeducativas (1).

(1) Actualmente, al gran déficit de los planes de estudios se aduna la fuerte y constante tensión de las relaciones sociales. Si bien el desarrollo tecnológico, principalmente el de las redes sociales, produce un gran avance en materia de comunicación, la "hiperconexión digital" se interpone al relajamiento y a la distensión de los lazos sociales. Prolongados períodos de tiempo dan paso a una mayor exposición a la fuerza de la conciencia social, dificultando la concepción por parte del niño de su propia individualidad. La imposibilidad de "desconexión"

Enseñar a los niños el modo de entender y respetar a sus pares es un proceso que exige un permanente trabajo, además del uso de diferentes métodos para poder abordar situaciones cargadas de emociones. En este camino es necesario realizar talleres con los padres para fortalecer sus recursos emocionales y enseñarles un estilo de comunicación sano y habilidades para la resolución de los conflictos.

III. La justicia terapéutica

Claramente, la sentencia publicada enfatizó que “las acciones que tomó la escuela frente al hecho sucedido demostraron no abordar el problema en su integralidad. Se sugirió cambiar al alumno agredido de horario y se escuchó a la familia que fue a hablar, es decir, medidas insuficientes al tiempo de educar y formar. Era necesario concientizar sobre el respeto, tolerancia y consideración hacia la libertad e individualidad que debe regir entre compañeros y compañeras, en todo momento, aun al tiempo de jugar. Hubiera sido esa una manera posible de superar lo acontecido y además, instruirlos como futuros adultos en una sociedad libre del flagelo de la fuerza y la opresión.

“Lo que ha padecido el accionante —por parte de otro alumno— no es más que una forma de violencia, a la que se suma la que la escuela le provocó al no haber obrado como correspondía. Esta tenía una posición privilegiada para reencausar, en lo posible, lo acontecido y redirigir esa mala experiencia en un aprendizaje donde la víctima no se sienta provocadora de la situación. Con la ayuda de los docentes y el gabinete especializado se hubiera podido actuar en este caso, al igual que en forma preventiva de posibles hechos futuros”.

Susan Goldberg sostiene que la justicia terapéutica pide que todos los jueces reconozcan

del sistema lleva al niño a someterse y subordinarse a la conciencia social. Es frecuente que las publicaciones en las redes se encuentren condicionadas por la opinión del público. Este condicionamiento conduce, en múltiples oportunidades, a rechazar la publicación ya no por el disgusto del autor hacia el contenido sino por el temor a la desaprobación del observador

que pueden ser agentes importantes para generar un cambio, y que sus palabras, acciones y conductas afectarán de manera invariable a las personas que comparecen en el tribunal (2).

La justicia terapéutica se ocupa de las consecuencias positivas y negativas, terapéuticas o antiterapéuticas, que la ley y demás ordenamientos legales, los procedimientos y la forma en que se conducen los distintos actores legales causan en el bienestar emocional de las personas, adentrándose en muchos casos en el terreno de derechos humanos, que tiene como eje central y en sentido amplio, el respeto a la dignidad humana (3).

La justicia de este nuevo siglo no solo tiene por objeto la resolución de los casos judiciales sino también la causa que los motiva, desde una perspectiva terapéutica y sanadora. En el III Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica (Santiago de Compostela, 20 y 21 de junio de 2016) se concluyó que la justicia terapéutica, respetando el debido proceso, promueve la humanización de la justicia y defiende la necesidad de que esta provoque bienestar en sus usuarios (4).

(2) GOLDBERG, Susan, “Juzgados para el siglo 21: un enfoque de resolución de conflictos”, http://www.courtinnovation.org/sites/default/files/documents/NJI_ProbSolv_Benchmark_Spanish.pdf.

(3) OSUNA SÁNCHEZ, Luis Enrique, “Derechos humanos y justicia terapéutica en México”. <https://www.pjenl.gob.mx/TTA/download/justicia-terapeutica.pdf>.

(4) <http://justiciaterapeutica.webs.uvigo.es/images/Pdfs/Conclusiones3TJ-esp.pdf>. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que los jueces, en cuanto servidores de justicia en el caso concreto, no deben limitarse a la aplicación mecánica de las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas con incidencia en la resolución del conflicto, pues de lo contrario aplicar la ley se convertiría en una tarea incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados, particularmente en esta materia, tarea en la que tampoco cabe prescindir de las consecuencias que se derivan de los fallos, pues ello constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su decisión (CSJN, causa “B., E. M. s/ reservado s/ adopción s/ casación”, del 21 de octubre de 2021).

JURISPRUDENCIA

SEGURO DE AUTOMOTOR

Robo de vehículo. Legitimación activa para reclamar el cumplimiento del contrato. Titularidad del interés asegurable capaz de recibir el pago. Contrato celebrado por cuenta ajena.

1. — El contrato ha sido celebrado a nombre propio, por cuenta ajena, en virtud del cual el actor ha adquirido la calidad de asegurado, ostentando frente a la aseguradora un derecho propio, directo y autónomo.
2. — El titular del interés asegurable es aquél a quien el siniestro provoca daño directamente sobre un bien que integra su patrimonio.
3. — La legitimación para obrar no se relaciona con la constatación del derecho de fondo a favor de la parte, sino con la aptitud para hacer un reclamo jurisdiccional frente a otro sujeto, aunque pudiera ser o no infundado.
4. — Atendiendo a que ninguna prueba produjo el iniciante que demuestre que por causa del incumplimiento soportó un daño que exorbitó las simples molestias derivadas de tal cosa que, no procede la indemnización del daño moral.

CNCom., sala D, 14/07/2022. - Moulia, Ricardo Esteban c. Escudo Seguros SA s/ ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/96295/2022]

COSTAS

Se imponen a la demandada.

Expte. n° COM 014113/2020/CA001

Buenos Aires, 14 de julio de 2022.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el doctor *Garibotto* dijo:

I. La sentencia de primera instancia.

Puesto a examinar oficiosamente si el demandante Ricardo Esteban Moulia se encontró legitimado para demandar de Escudo Seguros S.A. el cobro de la indemnización tarifada en una póliza que amparó, entre otros, del riesgo de robo a un automotor de su propiedad, el 29 de marzo del año en curso el primer sentenciante rechazó la demanda.

Así lo decidió, en tanto halló que quien había contratado el seguro con la compañía demandada lo fue la señora Carla Julieta Laboudigue y no el actor de este juicio y, por esto, juzgó que éste careció de legitimación para demandar como lo hizo.

De tal modo concluyó el litigio, bien que con costas por su orden por cuanto la solución en Derecho fue provista por el Tribunal.

II. El recurso.

La sentencia fue resistida por el iniciante quien, el 12 de mayo de este año expresó agravios, que tempestivamente respondió la defensa.

Básicamente, sostuvo el quejoso que lo obrado en el caso fue una contratación por cuenta ajena en cuya virtud, por ser acreedor de la suma tarifada en la póliza, asumió la condición de tercero beneficiario y, como tal, legitimado para demandar como lo hizo.

Abundó sobre estos extremos y citó doctrina y jurisprudencia, todo lo cual tengo presente.

III. La solución.

1. De la legitimación del actor para demandar como lo hizo.

i. La carencia de legitimación sustancial se configura cuando una de las partes no es titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, con prescindencia de que ésta tenga o no fundamento (conf. Fallos 324:1838; 326:3206; 327:2722; 327:2625, entre muchos otros). En otras palabras, a través de la excepción de falta de legitimación para obrar sólo cabe analizar si quien actúa es, en principio y para el caso, la persona a quien la ley habilita para ello y, por tal razón, estar legitimado en la causa significa tener derecho a que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda, ya sea en sentido favorable o desfavorable, es decir, sobre la existencia o no del derecho material pretendido, pues se trata de una condición necesaria para poder dictar sentencia de fondo (cfr. Highton- Areán, en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, concordado con los códigos provinciales - análisis doctrinal y jurisprudencial”, Buenos Aires, 2006, t° 6, pág. 782; Calamandrei, en “Instituciones de derecho procesal civil”, Buenos Aires, 1961, t° I, pág. 264; Morello-Sosa Berizonce, en “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados”, La Plata, 1970, to. IV, pág. 334; Alsina, en “Derecho Procesal”, Buenos Aires, 1956, t° I, págs. 388/393; Palacio, en “La excepción de falta de legitimación manifiesta para obrar”, publ. en “Revista Argentina de Derecho Procesal” n° 1, Buenos Aires, 1960, pág.

168; Gozaini, en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado”, Buenos Aires, 2006, tº. II, pág. 325; v. CSJN, “Defensor del Pueblo de la Pcia. de Santiago del Estero c/ Pcia. de Tucumán”, 11.3.2003; esta Sala, “Mosquera, Norberto Alfonso c/ Castaño, Marcos”, 19.3.2014; *id.*, “Actividad Médica S.A. c/ Well Being S.A.”, 19.10.2017; *id.*, “Harz und Derivate A.G. c/ Akzo Nobel Coatings S.A.”, 2.10.2018; *id.*, “Rego, Antonio c/ Librería Huemul S.A.”, 7.5.2019; *id.*, “Langenheim, Christian Alberto c/ Kaleu Kaleu S.A.”, 21.5.2019).

De tal suerte, la legitimación para obrar no se relaciona con la constatación del derecho de fondo a favor de la parte, sino con la aptitud para hacer un reclamo jurisdiccional frente a otro sujeto, aunque pudiera ser o no infundado.

ii. Fue la señora Carla Julieta Laboudigue quien contrató, con Escudo Seguros S.A., la cobertura sobre el automóvil Renault Sandero Stepway 1.6 dominio... así surge del frente de la póliza traído al expediente por la demandada el 16 de marzo de 2021; y coincide con el certificado de cobertura aportado por el actor poco antes, cuando demandó).

Esto es indudable, como también lo es que el actor Ricardo Esteban Moulia fue -y lo sigue siendo- titular registral del automotor en cuestión, lo que así se desprende del informe proveniente del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor (digitalizado) incorporado a las actuaciones por el demandante el 16 de diciembre de 2020, con el escrito inaugural del expediente digital.

Y dado que en casos como el sublite, la cuestión se vincula específicamente con la titularidad del interés asegurable capaz de recibir el pago (v. Halperín, en “Seguros – Exposición de la ley 17.418”, Buenos Aires, 1972, pág. 417, nº 70; esta Sala, “Yaggi, Pablo Roberto c/ Federación Patronal Seguros S.A.”, 27.6.2017), conviene mencionar que el titular del susodicho interés es aquél a quien el siniestro provoca daño directamente sobre un bien que integra su patrimonio (cfr. Stiglitz, en “Derecho de seguros”, Buenos Aires, 2004, tº. I, pág. 188); y aunque el aludido interés asegurable no necesariamente es el derivado de la propiedad sobre la cosa (Stiglitz, *op. y loc. cit.*, pág. 330, nro. 268; Meilij- Barbato, en “Tratado de derecho de seguros”, Rosario, 1975, pág. 54, nro. 106; esta Sala, “Muller, Tamara Lis c/ El Comercio Cía. de Seguros a prima fija”, 5.7.2012; *id.*, “García, Laura Ximena c/ Federación Patronal Seguros S.A.”, 30.6.2014), es dable presumirlo si existe el derecho de propiedad (esta Sala, “García, Laura Ximena c/ Federación Patronal Seguros S.A.”, 30.6.2014; también CNCom., Sala A, “Orellano, Jorge Luis c/ Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A.”, 9.3.2011).

Visto así este asunto, no es dudosa la solución del recurso que, a mi juicio, debemos adoptar.

Porque claro está que quien contrató el seguro con la demandada fue la señora Carla Julieta Laboudigue, quien entonces asumió la calidad de tomadora; y también es claro que el titular dominial del vehículo asegurado y, como tal, titular del interés asegurable es el actor Ricardo Esteban Moulia, informado a la compañía de seguros como “Conductor del vehículo asegurado” según el formulario emitido por Escudo Seguros S.A. el 22 de enero de 2020 denominado “Siniestro N° 103.954”, digitalizado y traído a la litis por el demandante con el escrito de inicio en la data arriba mencionada.

Se ha dado aquí el supuesto previsto por el art. 21 de la ley 17.418: el contrato ha sido celebrado a nombre propio, por cuenta ajena (cfr. Morandi, en “Estudio de Derecho de Seguros”, Buenos Aires, Buenos Aires, 1971, pág. 279; Meilij-Barbato, *op. cit.*, pág. 209; Sobrino, en “Ley de seguros, comentada”, Buenos Aires, 2021, tº. I, pág. 376 y *sig.*; Stiglitz, *op. cit.*, tº. I, pág. 189, nro. 154; Rouillón, en “Código de Comercio, comentado y anotado”, Buenos Aires, 2005, tº. II, pág. 44), en virtud del cual el actor ha adquirido la calidad de asegurado, ostentando frente a la aseguradora un derecho propio, directo y autónomo (Lauletta, en “Tratado del profesional del seguro”, Buenos Aires, 2017, 2º ed., pág. 50, *cit. en* Sobrino, *op. cit.* pág. 378; esta Sala, “Perrone, Cristian Daniel c/ Cigna Argentina Compañía de Seguros S.A.”, 19.4.2010; CNCom., Sala A, “Jaime, Hugo Hernán c/ Río Uruguay Cooperativa de Seguros Limitada”, 9.9.2013; Sala B, “Hostería Alakusch c/ La Concordia Compañía de Seguros S.A.”, 18.10.1991).

iii. En virtud de lo expuesto es mi opinión, y quedará propuesto, que debemos revocar la sentencia.

Por cierto que no dejo de advertir que, al haber decidido del modo en que lo hizo, el señor juez de grado no se pronunció sobre la procedencia y medida de la acción entablada.

Sin embargo, el principio de la doble instancia sólo exige que existan dos sentencias que examinen la demanda y el responde, pero no que cada una de las cuestiones planteadas se sometan a la doble instancia: en tal sentido, siempre ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en materia civil, la garantía constitucional de la defensa en juicio no requiere la doble instancia judicial (Fallos 171:366; 182:383; 186:337; 187:79; 191:228; 192:162; 203:315; 211:1534; 212:105; 214:413; 215:156; 216:604; 217:205; 218:208; 220:543; 221:40; 222:509; 241:195; 243:296; 245:200; 246:357; 247:419; 249:543; 250:12; 251:72;

253:15; 320:1847; 320:2145; 322:2488; 322:3241; 322:2357).

Así lo decidió esta Sala en la causa “Devoreal S.A. s/ quiebra c/ Moreno y otros”, el 1.11.2016 y en autos “Monachesi, Carlos Alberto c/ CTI Compañía de Teléfonos del Interior S.A.”, el 28.3.2019, y lo enseña la doctrina (v. por todos, Alsina, en “Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Buenos Aires, 1965, tº. 2, pág. 694): razones de economía procesal justifican la adopción de tal temperamento, en tanto el expediente ha tramitado en su totalidad y las pruebas que las partes ofrecieron fueron producidas según los alcances de que da cuenta la certificación digital fechada el 21.10.2021.

2. Del fondo de la cuestión traída a juzgamiento.

i. Los hechos y el derecho en que ambas partes sustentaron las posturas que asumieron aparecen suficientemente relacionados en la sentencia en revisión, de modo que a lo allí expuesto hago remisión.

Sí conviene que mencione, a modo de apretadísima síntesis, que Ricardo Esteban Moulia, denunciado el robo del automóvil de su propiedad patente... tanto ante la aseguradora cuanto ante la autoridad policial, demandó a Escudo Seguros S.A. por cobro de \$ 370.000, suma ésta -adujo- equivalente al valor de reposición del vehículo, con más un monto de \$ 80.000 como resarcimiento del daño moral, todo ello con más intereses; y que cuando la demanda fue respondida, si bien la compañía aseguradora admitió haber celebrado con la señora Carla Julieta Laboudigue un contrato de seguro que dio cobertura sobre el automotor dominio..., negó la autenticidad de la documentación que el actor aportó al litigio y la veracidad de cuanto éste expuso en la pieza de inicio del expediente, y nada más dijo.

ii. Pues bien.

No cupo que Escudo Seguros S.A. se amparase en la simple negativa de lo invocado por el actor, puesto que como es sabido y lo mandan los arts. 330: 4º y 356: 2º del Código Procesal, un elemental deber de colaboración que recae sobre las partes de todo proceso obliga a éstas a mencionar al Tribunal, a través de formas positivas, cuáles han sido las reales circunstancias a fin de que la litis pueda trabarse sobre pautas de verdad que posibiliten el dictado de una sentencia justa (CSJN, Fallos 178:223, 186:64; esta Sala, “Automotores San Telmo S.A. c/ Cía. de Seguros Unión de Comerciantes S.A.”, 16.6.1987; íd., “Nuevo Merlin S.A. c/ Cassalone Hnos. S.R.L.”, 19.6.1992; íd., “IBM Argentina S.A. c/ Astilleros Corrientes S.A.”, 9.3.1998; íd., “Cambiaggio, Oscar Horacio c/ Pérez, Benjamín”, 1.11.2016; íd., “Elmadjian, Verónica Noemí c/ BBVA Banco Fran-

cés S.A.”, 3.3.2017; íd., “Intellect Posware Solutions Group S.R.L. c/ YPF S.A.”, 16.5.2017; íd., “Pérez, Susana c/ HSBC Bank Argentina S.A.”, 13.6.2017; íd., “Securitas Argentina S.A. c/ Visteon S.A.”, 26.6.2018; también CNCom., Sala A, “Casa Petchere c/ Bonfilio y Cía. S.A.”, 17.11.1971; íd. “El Bohío S.R.L. c/ Efen S.A.”, 20.10.1982; Sala B, “López, Héctor c/ Alberto J. Armando S.A.”, 5.7.1974; íd., “Kaplan, Mario c/ Besprovan, Daniel”, 17.9.1985; Sala C, “Alquivial S.R.L. c/ Balpego S.A.”, 6.5.2011; íd., “Marcalá S.A. c/ Rodó Hogar S.A.”, 5.3.2013; íd., “Haz Sport Agency S.A. c/ Asociación Atlético Argentinos Juniors”, 11.3.2014; íd., “Milstein, Aída Raquel c/ United Stars Entertainment S.A.”, 24.4.2014).

Sucede que la negativa genérica y aún la que enumera cada hecho o documento de la contraria resulta en el caso jurídicamente ineficaz, toda vez que para proyectar incidencia en la causa debió ser acompañada del ofrecimiento de la prueba apropiada para acreditar la falsedad e inautenticidad de lo que se desconoce (esta Sala, “Aqualine S.A. c/ Banco Santander Río S.A.”, del 28.8.2018; íd., “Sosnowski, Pablo c/ Caja de Seguros S.A.”, 10.3.2020; íd., “Milic, Juan Emilio c/ Provincia Seguros S.A.”, 23.6.2020); y a esto se suma que, en el caso, es indudable que el demandante reviste el carácter de consumidor: así se infiere del título de propiedad del automotor cuya copia digital se incorporó el 20.12.2020 junto con el escrito de inicio, en el que en el campo “Uso”, se lee “privado”.

Es, por esto, de aplicación la norma del art. 53 de la ley 24.240 (t.o. por ley 26.361), que en el párrafo 3º establece que “los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio”.

La norma es contundente, y de ella resulta que el legislador ha impuesto sobre el proveedor que resiste la pretensión de un consumidor dos cargas: primero, aportar al proceso todos aquellos elementos; y segundo, prestar toda la colaboración necesaria para esclarecer el asunto.

De esto se deriva que, encuadradas las relaciones de las partes dentro del ámbito del derecho del consumo, en alguna medida aparece acotada la necesidad que en materia de distribución de cargas probatorias impone a cada litigante el art. 377 del Código de rito, en cuanto esta norma pueda entenderse opuesta a aquella (esta Sala, “Álvarez de Cardarelli, Olga Irene, c/ Universal Assistance S.A.”, 3.11.2016; cfr. Kemelmajer de Carlucci-Tavano de Aredes, en “La protección del consumidor en el Derecho Privado”, publ. en Derecho del Consumidor 1991, n° 1, pág. 11; también Navas, en “Derecho constitucional del consumidor a

una información adecuada y carga probatoria dinámica”, publ. en diario LL. del 18.12.2012).

iii. Así vista esta cuestión, adquiere pleno valor probatorio la documentación que el actor aportó a la litis el 20.12.2020 con el escrito de inicio, especialmente la denuncia del siniestro formulada ante Escudo Seguros S.A. con sello de recepción fechado el 22 de enero de 2020, y el certificado de cobertura, con especificación de la suma asegurada de \$ 330.000, con cláusula de ajuste del 20%.

(i) Dado, entonces, que Escudo Seguros S.A. no se pronunció cuando debió hacerlo, por la aceptación o rechazo del siniestro, y que según surge de la documentación examinada se convino una limitación de la responsabilidad de la aseguradora hasta la suma allí establecida, es aquél el monto que la compañía deberá sufragar al actor (art. 61, 2º párrafo, de la ley 17.418): recordemos que el “valor asegurado”, que se concreta en la suma asegurada, es el valor que el tomador del seguro asigna a su interés y que puede no coincidir con el “valor asegurable” el cual, diversamente, se determina objetivamente por la índole de la relación jurídica que liga al interesado con la cosa que se asegura. Y tal “valor asegurado” expresado en la suma cuya percepción es la que quiere el tomador en caso de siniestro y que ha de estimarse una determinación unilateral suya, por representar el valor que él asignó a su interés en la conservación de la cosa expuesta al riesgo de pérdida o de deterioro, es el que sirve, justamente, para precisar el límite contractual a la futura prestación del asegurador, esto es, para fijar el importe máximo de tal prestación (esta Sala, “Ballesterio Otalora, Édison Camilo c/ Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda.”, 12.7.2022; cfr. Garrigues, en “Contrato de seguro terrestre”, Imprenta Aguirre, Madrid, 1973, págs. 170 y sig.).

En términos llanos: la indemnización debida por la compañía de seguros podrá ser igual o menor que la suma asegurada, pero nunca superior (cfr. Halperín, en “Seguros”, Buenos Aires, 1983, tº. II, pág. 575; Soler Aleu, en “El nuevo contrato de seguro”, Buenos Aires, 1969, pág. 176; Stiglitz, op. cit., tº. III, pág. 108; Rouillón, op. y loc. cit., pág. 99). Por lo tanto, si la póliza consigna claramente un determinado importe como suma asegurada, éste actúa como un tope o límite indemnizatorio máximo hasta el cual se extiende la responsabilidad de la aseguradora, y carece de base normativa otorgar al asegurado una indemnización mayor que la contratada en el seguro (esta sala, “Palacio, Luis c/ Provincia Seguros S.A.”, 22.2.2008; íd., “Andrade, Raúl Rodolfo c/ Liderar Compañía General de Seguros S.A.”, 3.10.2011; íd., “De Costa, Adelino Luis c/ Federación Patronal Seguros S.A.”, 20.12.2016; íd., “Verlangieri, Stella Maris c/ Sancor Cooperativa de Seguros Ltda.”, 17.10.2019; íd., “Barrera, Jorge

Alberto c/ Agrosalta Cooperativa de Seguros Ltda.”, 13.10.2020).

(ii) Por lo tanto, atendiendo a que documentalmente quedó demostrado que el vehículo de propiedad del actor fue asegurado en la suma de \$ 300.000 con más la de \$ 30.000 por accesorios, con cláusula de ajuste del 20 % (frente de póliza digitalizado, traído a la litis por la defensa, el 16.3.2021), pues entonces resulta que Escudo Seguros S.A. deberá sufragar al demandante, en el plazo de veinte días de notificada de este veredicto, \$ 396.000, con más intereses que se calcularán desde el 22 de febrero de 2020 (fecha en que comenzó a correr el plazo para que la aseguradora se pronunciara; art. 56 de la ley 17.418; esta Sala, “Clich, Horacio Ariel c/ Caja de Seguros S.A.”, 1.12.2016) hasta su efectivo pago, según la tasa activa que utiliza el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento de documentos a treinta días.

No se me escapa que por el rubro de que tratamos (que en la pieza de inicio el actor denominó “daño emergente”), la suma que demandó cobrar es algo inferior.

Empero, toda vez que en su demanda el iniciante utilizó la fórmula “o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse”, que según es sabido, faculta al juez a condenar a una suma distinta -mayor o eventualmente menor- que la originariamente estimada siempre que no se afecte la inviolabilidad de la defensa en juicio, o que de los autos no resulte que la ambigüedad del actor constituya una manifestación de inconducta procesal violatoria del principio de lealtad o de igualdad (esta Sala, “Mut, Darío Javier c/ Dietrich S.A.”, 23.5.2017; íd., “Esteve, Jorge Alberto c/ Siemens S.A.”, 17.9.2018; íd., “Betelux S.A. c/ AMX Argentina S.A.”, 17.9.2020; íd., “Barrera, Jorge Alberto c/ Agrosalta Cooperativa de Seguros Ltda.”, 13.10.2020; cfr. Colombo, en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado”, Buenos Aires, 1969, tº. III, pág. 138), es el monto arriba fijado el que Escudo Seguros S.A. deberá sufragar.

(iii) Lógicamente, en el plazo arriba mencionado de veinte días el actor deberá entregar, a la compañía de seguros, la documentación que aparece especificada en el capítulo 6, apartado a, del escrito de contestación de demanda.

(iv) Con sustento en el concepto de daño jurídico del art. 1737 del actual Código de fondo es factible concebir al daño no patrimonial (o moral o extrapatrimonial) como la lesión a los derechos e intereses lícitos no reprobados por la ley -entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares- que repercuten en la esfera extrapatrimonial de la persona;

se vincula con el concepto de desmedro espiritual o lesión en los sentimientos personales, y su resarcimiento aparece destinado a compensar los padecimientos, molestias y angustias sufridas por la víctima de la iniuria en el plano espiritual, a consecuencia de un incumplimiento imputado al deudor (CSJN Fallos 308:1109; 320:536; 321:1117; 323:3614; 325:1156; esta Sala, “Parodi, Carlos Héctor c/ Banco Itaú Buen Ayre S.A.”, 1.11.2016; íd., “De Paoli, María Cristina c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires”, 3.11.2016; íd., “Álvarez de Cardarelli, Olga Irene c/ Universal Assistance S.A.”, 3.11.2016; íd., “Buen Día Discount S.R.L. c/ Bangliang Mao”, 3.11.2016; íd., “Sperlungo, Daniel Rodolfo c/ Aparicio, Diego Adrián”, 29.12.2016; íd., “Malaret, Carlos Mariano c/ Blaisten S.A.”, 4.4.2017; íd., “Teshima, Mariano c/ Caja de Seguros S.A. s/ ordinario”, 18.5.2017; íd., “Caputo, Lucio Alberto c/ Assist Card Argentina S.A. de Servicios”, 31.8.2017; íd., “Stambule, Rubén c/ Caja de Seguros S.A.”, 19.10.2017; íd., “Rinaldi, Daniel Darío c/ Aseguradora Federal Argentina S.A.”, 13.3.2018; íd., “Altamirano, Sergio Iván c/ Ford Argentina S.C.A.”, 5.6.2018; íd., “González, José Alberto c/ Ford Credit Compañía Financiera S.A.”, 7.6.2018; íd., “Fernández, Laura c/ Galeno Argentina S.A.”, 14.8.2018, entre otros).

De todo lo anterior queda claro que en materia contractual el daño moral no se presume y, por lo tanto, que debe ser probado, a salvo que se trate de una prueba in re ipsa, es decir, que surge inmediatamente de los hechos, que su vinculación no se encuentra sujeta a cánones estrictos, y que no es, por lo tanto, necesario aportar prueba directa sobre tal padecimiento (Bustamante Alsina, en “Equitativa reparación del daño no mensurable”, publ. en LL 1990-A- 654; solución ésta ahora receptada por el art. 1744 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Es a la luz de todo lo expuesto que corresponde examinar la procedencia del rubro de que tratamos, ponderando la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso, diferenciando los incumplimientos contractuales de los que -en principio- sólo pueden derivarse las simples molestias propias de tal proceder, de aquéllos que, generados en errores cometidos o en la actividad desplegada por uno de los contratantes, son susceptibles de causar padecimientos morales.

Y es el resultado de ese examen, atendiendo a que ninguna prueba produjo el iniciante que demuestre que por causa del incumplimiento soportó un daño que exorbitó las simples molestias derivadas de tal cosa que, a mi juicio, el rubro no procede (esta Sala, “Gomara Quesada, Juan c/ La Universal Compañía de Seguros S.A.”, 16.11.1987; íd., “Di Pietro, Paolo Gabriel Ricardo c/ BBVA Banco Francés S.A.”, 24.10.2006; íd., “Aime, Aníbal Raúl c/ HSBC Bank Argentina S.A.”,

22.12.2008; íd., “Echeverría, Ernesto c/ Paraná S.A. de Seguros”, 2.9.2005; íd., “Cino, Ricardo c/ La Mercantil Andina Compañía de Seguros S.A.”, 30.12.2008; íd., “D’Andría, Alejandro c/ Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada”, 14.9.2009; íd., “Corrieri, Héctor Carlos c/ Viel Automotores S.A.C.I.F.I.”, 17.3.2010; íd., “Gallo, Claudio Alejandro c/ HSBC La Buenos Aires Seguros S.A.”, 29.6.2012; íd., “Strafacio, Edit Palmira c/ Interplan S.A.”, 26.11.2019; íd., “Alitisz, Nicolás Jorge c/ Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados”, 18.5.2021).

iv. No obstante que, según mi juicio, la pretensión prospera parcialmente, pienso que las costas devengadas en ambas deben ser puestas a cargo de la demandada, vencida en lo principal.

Como ocurre en la mayoría de los sistemas procesales y lo sostiene la doctrina clásica, la imposición de las costas se funda en el criterio objetivo del vencimiento (v., entre muchos, Chiovenda, en “Principios de derecho procesal civil”, Madrid, 1925, tº. II, pág. 404; Alsina, en “Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial”, Buenos Aires, 1942, tº. II, pág. 472; y Palacio-Alvarado Velloso, en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente”, Santa Fe, 1989, tº. 3, pág. 85).

Este criterio ha sido receptado, también como principio, en la ley procesal vigente (art. 68 del Código de rito), lo que implica que el peso de las costas debe ser soportado por quien provocó una actividad jurisdiccional sin razón suficiente (cfr. Fassi, en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, 1971, tº. I, nro. 315; Fenochietto-Arazi, en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado...”, Buenos Aires, 1983, tº. 1, pág. 258, nro. 3); y así lo ha juzgado invariablemente esta Sala (v., entre muchos, “Sistemas Analíticos S.A. c/ Becton Dickinson Argentina S.R.L.”, 1.11.2016; “Somnitz, Evelyn c/ Obra Social del Personal de Entidades Deportivas y Civiles (Ospedyc)”, 24.11.2016; “Quant Geoscience Argentina S.A. c/ Catgold S.A.”, 6.12.2016; “Cornejo, Cristián c/ Dátola, Christian”, 22.12.16; “Servuir S.A. c/ Serus Construcciones S.R.L.”, 27.12.2016; “Va-No-Li S.A. c/ Compañía de Seguros La Mercantil Andina S.A.”, 10.8.2017; “LRPG Mandataria y Fiduciaria S.A. c/ T4F Inversiones S.A.”, 16.4.2019).

Y si bien el criterio según el cual el vencimiento es el presupuesto esencial para imponer las costas no es rígido, pues véase que el 2º párrafo de la norma arriba citada faculta al magistrado para eximir de costas, total o parcialmente, al vencido cuando encontrarse mérito para ello o cuando mediare razón fundada para litigar, esto es, cuando el vencido hubiere actuado sobre la base de una convicción razonable y obje-

tiva acerca del derecho invocado en el litigio lo cual descarta la actuación basada en una creencia meramente subjetiva, (cfr. Fenochietto-Arazi, op. y loc. cit.; Kielmanovich, en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado”, Buenos Aires, 2006, t°. I, pág.157; esta Sala, “Cellular Time S.A. c/ Telefónica Móviles Argentina S.A.”, 3.11.2016; íd., “Torres, Guillermo Enrique c/ HDI Seguros Argentina S.A.”, 25.4.2017; íd., “Lince Seguridad Cooperativa Ltda. c/ El Ciclón de Banfield S.A.”, 12.10.2017; íd., “Langenheim, Christian Alberto c/ KALEU KALEU S.A.”, 21.5.2019), resulta que tal facultad, que es de carácter excepcional, no se ha dado en este caso.

IV. La conclusión.

Propongo, entonces, al acuerdo que estamos celebrando (i) estimar el recurso introducido por el actor y revocar la sentencia de grado; (ii) hacer lugar, parcialmente, a la demanda deducida por Ricardo Esteban Moulia, y condenar a Escudo Seguros S.A. a pagar, en veinte días, \$ 396.000, con más intereses que se calcularán desde el 22 de febrero de 2020, hasta su efectivo pago, según la tasa activa que utiliza el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento de documentos a treinta días; (iii) fijar igual plazo al actor para que éste entregue, a la compañía de seguros, la documentación que aparece especificada en el capítulo 6, apartado a, del escrito de contestación de demanda; y (iv) imponer las costas devengadas en ambas instancias a cargo de la parte demandada.

Así voto.

El doctor *Heredia*, adhiere al voto que antecede.

V. Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

(i) estimar el recurso introducido por el actor y revocar la sentencia de grado;

(ii) hacer lugar, parcialmente, a la demanda deducida por Ricardo Esteban Moulia, y condenar a Escudo Seguros S.A. a pagar, en veinte días, \$ 396.000, con más intereses que se calcularán desde el 22 de febrero de 2020, hasta su efectivo pago, según la tasa activa que utiliza el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento de documentos a treinta días;

(iii) fijar igual plazo al actor para que éste entregue, a la compañía de seguros, la documentación que aparece especificada en el capítulo 6, apartado a, del escrito de contestación de demanda;

(iv) imponer las costas devengadas en ambas instancias a cargo de la parte demandada.

El señor juez Gerardo G. Vassallo no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

Notifíquese electrónicamente.

Cumplase con la comunicación ordenada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15 y 24/13), agréguese copia certificada de lo resuelto, y una vez consumido el plazo previsto por el artículo 257 del Código Procesal, devuélvase la causa en su soporte electrónico y físico al Juzgado de origen. — Pablo D. Heredia. — Juan R. Garibotto.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN JUICIOS DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Caída de un ascensor en un hospital público. Excepción de prescripción. Responsabilidad contractual con el paciente. Orfandad probatoria. Rechazo de la demanda.

1. — La parte actora sostiene que, como consecuencia del accidente denunciado, su hijo fue sometido a una segunda intervención quirúrgica. Sin embargo, se advierte en la lectura de la historia clínica que no hay ninguna referencia en la causa que permita concluir que el padecimiento tuvo su origen en el impacto causado por el desplome del ascensor.
2. — El reproche vinculado al daño sufrido por la caída de un ascensor en el marco de una prestación médica reconoce un paso previo relevante que, aunque enrolado en el compromiso del Estado de garantizar el acceso de la población a la salud y de prestar un servicio eficiente, adquiere individualidad propia, al asumir aquel frente a un paciente concreto, la obligación de articular todo el sistema en beneficio de su salud. Desde esa óptica el problema queda aprehendido en la órbita contractual y el plazo de prescripción aplicable es el que prevé el art. 4023 del Cód. Civil.
3. — En cuanto al reclamo iniciado por la coactora, no se está en presencia de la relación del paciente con el hospital, sino de un reclamo que ejerce por derecho propio actuando como tercera ajena a aquella relación contractual, en calidad de damnificada indirecta por los padecimientos de su descendiente, de modo que las normas de aplicación son las que regulan la responsabilidad extracontractual, resultando aplicable el plazo de prescripción bienal establecido en el art. 4037 Cód. Civil.

CNCiv., sala K, 14/07/2022. - S., A. y otro c. H. de N. R. G. y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/94581/2022]

i COSTAS

Se imponen a la actora.

Expediente N° 49302/2015

2ª Instancia. - Buenos Aires, julio 14 de 2022.

La doctora *Maggio* dijo:

I. Vienen los autos a este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora (15 de diciembre de 2021) contra la sentencia de primera instancia (14 de diciembre de 2021). Oportunamente, lo fundó (28 de marzo de 2022) y recibió replica (8 de abril de 2022, 13 de abril de 2022 y 21 de abril de 2022).

II. Los antecedentes del caso

A. S. y S. A. J. reclamaron los daños y perjuicios que dijeron haber sufrido el 19 de marzo de 2009, a raíz de la caída que sufrió el ascensor en el que se transportaban en el “Hospital de Niños Dr. Ricardo Gutiérrez” (fs. 3/5 y 37/62).

Relataron que el día mencionado, siendo las 19.40 horas, S. A. J. ingresó al apuntado nosocomio con fuertes dolores de cabeza, náuseas y vómitos, motivo por el cual fue operado de urgencia con el objeto de reemplazar la válvula de alivio de presión que todo hidrocefalo necesita.

Aclararon que el actor evidenciaba desde pequeño, megacisterna posterior y dilatación bilateral del sistema ventricular por disminución del parénquima cerebral, con diagnóstico de Dandy Walker y que en el año 1995 fue intervenido quirúrgicamente al efecto de colocarle un sistema de derivación ventrículo peritoneal.

Refirieron que la cirugía se realizó con resultado exitoso y terminó aproximadamente a la medianoche.

Indicaron que, finalizada la operación, la actora acompañó a un camillero que retiró al emplazante de la habitación para que se le realizaran unos estudios de rutina y que para ello tomaron el ascensor por cuanto debían trasladarse hacia la planta baja.

Agregaron que, a pesar de que por la cantidad de personas que eran no entraban en el elevador, el as-

ensorista rápida e imprudentemente indicó que no habría problema en bajar todos juntos, para lo cual tomó una pinza y forzó el contacto de la puerta interna a la vez que apretó el botón de planta baja.

Señalaron que, a solo unos segundos a haber iniciado la marcha, el ascensor se desplomó súbitamente desde el segundo piso hasta la planta baja provocando un fuerte y violento impacto.

Alegaron que, a causa del golpe, los aparatos relacionados a la válvula del actor fueron desplazados hacia el exterior de su cabeza. En consecuencia, este tuvo que ser intervenido mediante una operación que duró desde las 15 hasta las 20 horas de ese mismo día. Debido a la urgencia, los médicos decidieron el cambio de la válvula averiada de platino por una de plástico de menor calidad y con mayores complicaciones clínicas, la que —denuncian—, ha acarreado consecuencias.

Sostuvieron que el evento relatado produjo daños para ambos actores.

Detallaron las secuelas que presentan y los rubros indemnizatorios solicitados.

Atribuyeron la responsabilidad por el accidente al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, al “Hospital de Niños Dr. Ricardo Gutiérrez” y a “Mejores Hospitales SA” y solicitaron la citación en garantía de “El Comercio Compañía de Seguros a Prima Fija SA” y “Compañía de Seguros La Mercantil Andina SA”.

“Mejores Hospitales SA” contestó el emplazamiento y opuso excepción de falta de legitimación activa respecto de la actora por cuanto sostuvo que no tiene legitimación para reclamar los daños sufridos por su hijo. También, articuló excepción de prescripción pues indicó que a la fecha de promoción de la demanda el plazo de prescripción se encontraba ampliamente cumplido (fs. 99/118).

En subsidio, negó el relato de los hechos realizado por los actores y señaló que no había pruebas que acrediten la existencia del suceso denunciado.

Agregó que aun en el hipotético caso de que se probara el evento, no le cabría responsabilidad alguna debido a que el ascensorista y el camillero no son sus dependientes.

Refirió que no es dueña ni guardián de los ascensores del hospital, cuya propiedad pertenece específicamente al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y que únicamente tenía a su cargo la obligación de realizar el mantenimiento de los mismos y periódicamente informar su estado.

Destacó que de la lectura de la historia clínica acompañada en la demanda se desprende que el actor ingresó al hospital el 15 de marzo de 2009, cuatro días antes del hecho denunciado a causa de un traumatismo cráneo encefálico por caída de bicicleta. Por ello se le realizó una intervención quirúrgica para control y tratamiento, dado que el catéter que drena su hidrocefalia parecía desconectado.

Expresó que la segunda intervención, realizada el 20 de marzo de 2009 fue para una revisión de rutina y que ninguna referencia surge respecto al siniestro supuestamente acontecido.

Luego, impugnó los importes reclamados, ofreció prueba y solicitó el rechazo de la acción.

“Compañía de Seguros La Mercantil Andina SA” se presentó y opuso excepción de prescripción como de previo y especial pronunciamiento de acuerdo al juicio previo con caducidad de instancia firme, por lo que solicitó que se haga lugar a dicha defensa, con costas (fs. 131/145).

Reconoció la existencia de un seguro de responsabilidad civil con “Mejores Hospitales SA”. Sin embargo, alegó falta de legitimación pasiva toda vez que el asegurado al momento del hecho no había abonado la segunda cuota de la prima, la que fue pagada tardíamente tres meses después de su vencimiento, provocando su suspensión.

Remarcó que el pago tardío hace que la cobertura quede rehabilitada solo hacia el futuro y no purga retroactivamente la mora. Adujo que la suspensión de la vigencia por mora en el pago de la prima y el consiguiente rechazo de la cobertura, fue comunicada al asegurado mediante carta documento que no fue contestada.

Subsidiariamente, contestó la citación en garantía y desconoció los hechos narrados en la demanda. Remarcó que la parte actora no precisó en qué ascensor del hospital ocurrió el supuesto hecho.

Objetó la procedencia y la cuantía de los rubros reclamados y requirió el rechazo de la demanda, con costas.

El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires respondió la demanda y articuló excepción de prescripción. Afirmó que la acción busca atribuirle una responsabilidad de tipo extracontractual y que por tanto resulta aplicable el plazo bienal establecido en el artículo 4037 del Cód. Civil (fs. 158/170 y ampliación de fs. 174/189).

Negó el relato de los hechos realizado por los emplazantes y dijo que estos omitieron indicar en la de-

manda, que el actor ingresó al hospital del 15 de marzo de 2009 debido a una caída de la bicicleta conforme surge de la historia clínica, así como que de la documental acompañada no surge que se haya producido una ruptura de la válvula de platino, debido a una caída de ascensor.

Esgrimió que la responsabilidad debería recaer en la codemandada “Mejores Hospitales SA” dado que era la encargada del mantenimiento de los ascensores y que, de haber realizado las funciones para las cuales fue contratada, el accidente no se hubiese producido. Alegó que, por la especializada tecnología que se requiere para el mantenimiento de los ascensores, la empresa que lo realiza, en el acto de efectuar los arreglos, tiene la tenencia material de la cosa como la obligación de guardia y vigilancia de la misma, ya que la eficiencia de su reparación está bajo su exclusiva responsabilidad.

Luego, cuestionó los rubros reclamados y pidió el rechazo de la demanda, con costas.

Substanciada la causa, se dictó el pronunciamiento sobre el mérito (fs. 1067).

III. La sentencia

El juez de grado hizo lugar a la excepción de prescripción opuesta por las demandadas “Mejores Hospitales SA”, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y por la citada en garantía “Compañía de Seguros La Mercantil Andina SA” y, en consecuencia, rechazó la demanda impetrada, con costas. Asimismo, reguló los honorarios de los profesionales intervinientes (fs. 1067).

IV. Los agravios

La actora cuestiona que se haya hecho lugar a la excepción de prescripción opuesta por los accionados (28 de marzo de 2022).

Le agravia que el magistrado haya considerado que no se reclamó específicamente por la práctica médica ni por cuestiones vinculadas con la atención sanitaria.

Argumenta que sí se demandó por mala praxis y se indicó de forma pormenorizada las consideraciones por las cuales se les imputaba responsabilidad a los médicos.

Sostiene que el hecho de que la caída del ascensor se haya dado en ocasión de ser trasladado el actor desde el quirófano hacia su habitación, indica a las claras estar en presencia de mala praxis.

En consecuencia, concluye que la responsabilidad de los aquí demandados resulta ser de índole contractual y por tanto, el plazo de prescripción es de diez años conforme lo establece el artículo 4023 del Cód. Civil.

Indica que los actos y omisiones de los demandados desde la internación del actor hasta su externación, son parte de una única prestación de servicios de salud.

Agrega que la circunstancia de que la atención en los hospitales públicos sea gratuita, no es obstáculo para poder encuadrar su responsabilidad en el ámbito contractual.

En ese sentido, afirma que el hospital es deudor frente al paciente que es admitido en el nosocomio, no solo de la prestación de servicio que debe realizarse de manera adecuada, sino también de la obligación tácita de seguridad que fluye en toda relación convencional.

V. Ley aplicable

Atento la entrada en vigor del Cód. Civ. y Comercial (Ley 26.994 y su modificatoria Ley 27.077), de conformidad a lo previsto en su artículo 7 y teniendo en cuenta la fecha de producción del siniestro en estudio, resultan de aplicación al caso las normas del Cód. Civil.

VI. Excepción de prescripción

Agravia a los accionantes que la sentencia haya hecho lugar a la excepción de prescripción articulada por los demandados.

Agregan que la circunstancia de que la atención en los hospitales públicos sea gratuita, no es obstáculo para poder encuadrar su responsabilidad en el ámbito contractual. Ello por cuanto media una obligación previa específica acordada entre las partes de prestar adecuadamente los servicios médicos, que crea derechos y deberes recíprocos, en donde el acreedor en dicha relación es el paciente y el deudor el Estado.

Consecuentemente, una vez admitido en el nosocomio para su atención, la responsabilidad del establecimiento no se deriva del deber genérico de no dañar, sino de un deber específico preexistente.

Afirman que el estado —en el caso el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires—, es deudor frente al paciente que es admitido en el nosocomio, no solo de la prestación de servicio y de que esta se realice de manera adecuada, sino también de la obligación tácita de seguridad que fluye en toda relación convencional

Sostienen que los daños padecidos, son la consecuencia de la caída del ascensor que se dio en el marco de una prestación de salud acordada entre las partes.

En consecuencia, afirman que contrariamente a lo resuelto por el magistrado de grado, la responsabilidad aquí endilgada resulta de índole contractual, debiendo aplicarse el plazo de prescripción decenal conforme lo establece el artículo 4023 del Cód. Civil.

1. Corresponde en primer término analizar la excepción de prescripción opuesta respecto del actor S. A. J.

El magistrado de grado consideró que no se reclamó por la práctica médica del galeno, en la que se podría considerar la responsabilidad contractual, sino que se demandó por los daños que habrían sido producto de la caída del ascensor, encuadrando la responsabilidad del propietario del ascensor en el supuesto del artículo 1113 del Cód. Civil y la del conservador de aquel en el del artículo 1109 del Cód. Civil.

Por tanto, concluyó que lo solicitado por los accionantes debía enmarcarse en un supuesto de responsabilidad extracontractual que posee un plazo de prescripción de dos años para entablar la acción conforme el artículo 4037 del Cód. Civil.

Sin embargo, tal como lo señaló el *a quo* en el pronunciamiento, la selección de la responsabilidad aplicable no depende de la alegación de las normas legales que haga el demandante, sino que resultará de la norma que cuadre aplicar según la máxima *iura novit curia* (el juez conoce el derecho), a los hechos invocados por aquel.

No se encuentra debatido en esta instancia que S. A. J. fue intervenido quirúrgicamente el 19 de marzo de 2009 en el “Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez” conforme se desprende de las constancias de la historia clínica acompañadas por la parte actora y el resumen de la misma presentado por el hospital (fs. 11/29 y 381/383).

Dicha práctica médica, supone un acuerdo de voluntades y consentimiento previo a la cirugía, es decir entre el paciente —en este caso a través de su representante legal— y el galeno o administración pública, en la cual se entiende que hay una responsabilidad de índole contractual.

Es que la prestación del servicio de salud, por tratarse de un supuesto íntimamente vinculado con el ejercicio de los derechos personalísimos del paciente, su consentimiento es fundamental para que el prestador ponga en marcha su deber asistencial. De allí, es

claro que una vez que el particular accede a los servicios que ofrecen los hospitales públicos, surge una relación de carácter obligacional, caracterizada por la existencia de derechos y deberes recíprocos, que requiere consenso de tracto sucesivo en el estado y el paciente. La circunstancia de ser el estado uno de los integrantes de dicha relación jurídica no innova en la naturaleza contractual del deber jurídico, porque no hay motivos esenciales para suministrar diverso tratamiento según se trate de un establecimiento público o privado (cfr. CCont. Adm. y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, “Zárate, Raúl Eduardo c. GCBA s/ daños y perjuicios”, sent. del 21/08/2002).

Bajo tales pautas, es claro que el reproche vinculado al daño sufrido por la caída de un ascensor en el marco de una prestación médica, reconoce un antes relevante que, aunque enrolado en el compromiso del estado de garantizar el acceso de la población a la salud y de prestar un servicio eficiente, adquiere individualidad propia, al asumir aquel frente a un paciente concreto, la obligación de articular todo el sistema en beneficio de su salud. Por tal motivo, la obligación genérica de poner a disposición de la población todos los elementos para garantizar la eficacia de aquella garantía constitucional, trascendió el marco del derecho público y generó una relación jurídica particular que impone al estado ejecutar adecuadamente el plan prestacional. Desde esa óptica el problema queda aprehendido en la órbita contractual (cfr. CNCiv. Sala G, “Nazabal, Pablo M. c. GCBA s/ daños y perjuicios”, res. del 29/11/2002).

De allí concluyo que el plazo de prescripción aplicable al caso es el que prevé el artículo 4023 del Cód. Civil.

En consecuencia, en atención a que los hechos que motivaron el juicio habrían sucedido el 19 de marzo de 2009 y a que la demanda fue iniciada el 7 de diciembre de 2015, concluyo en que no llegó a transcurrir el plazo decenal previsto en la norma apuntada y corresponde revocar la decisión respecto al coactor S. A. J.

2. En cuanto al reclamo iniciado por A. S., debe señalarse que no se está en presencia de la relación del paciente con el hospital, sino de un reclamo que ejerce por derecho propio actuando como tercera ajena a aquella relación contractual, en calidad de damnificada indirecta por los padecimientos de su descendiente, de modo que las normas de aplicación son las que regulan la responsabilidad extracontractual.

Tal como lo señala Pothier (Tratado de las Obligaciones, t. I, p. 72), cuando se actúa por representación se está contratando por el representado y en ese caso no es propiamente el representante quien con-

trata sino que es el representado quien contrata por medio del representante” (CNCiv. esta Sala, Expte. N° 63078/1994, sent. del 25/08/2000).

Sentado ello, encontrándose el reclamo de la coactora en la órbita extracontractual, resulta aplicable el plazo de prescripción bienal establecido en el artículo 4037 Cód. Civil.

Tal como lo señaló el magistrado de grado y no se encuentra discutido, el expediente conexo N° 51970/2012 que se tiene a la vista, no produjo la interrupción ni la suspensión del plazo apuntado, en virtud de la caducidad de instancia allí declarada y que se encuentra firme (ver resolución de fs. 179/181, art. 3987 Cód. Civil).

En consecuencia, en atención a la fecha del hecho referida anteriormente, corresponde concluir que la acción entablada por A. S. el 7 de diciembre de 2015, se encontraba prescripta.

En virtud de lo antedicho propongo al acuerdo revocar este aspecto de la decisión para desestimar la excepción de prescripción respecto de S. A. J. y confirmarla en relación a A. S. (arts. 4023, 4037 Cód. Civil).

VII. Responsabilidad

Ya sea analizando el caso desde la perspectiva del que nuestra legislación civil recepta en el artículo 1113, segundo párrafo, última parte, del código de la materia antes vigente, así como desde la normativa protectoria de los consumidores (art. 4, ley 24.240), los presupuestos necesarios para la procedencia de la indemnización por daños son: a) el daño; b) la relación causal; c) el riesgo de la cosa y d) el carácter de dueño o guardián de los demandados (conf. SCBA, causas Ac. 93.337, sent. del 06/09/2006; C. 97.757, sent. del 22/10/2008).

De conformidad con los postulados de la teoría del riesgo creado, quien introduce en el medio social en que se desenvuelve cosas que potencialmente configuran factores de peligro para los demás, debe responder, por esa sola circunstancia, por los perjuicios que las mismas produzcan a terceros, a menos que demuestre que los mismos, además de no haber provenido de ese riesgo, reconocen su causa en un hecho ajeno (CCiv. y Com. La Plata, Sala II, Causa 102.506, RSD 104/2004, sent. del 04/05/2004, entre otras).

No obstante, las apreciaciones indicadas solo cobran virtualidad en la medida en que se logre acreditar la ocurrencia del evento señalado como el generador del perjuicio, carga probatoria que recae sobre quien lo invoca, en caso de que se encuentre controvertida (art. 377, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Es que

el entramado de principios y requisitos que caracterizan a la responsabilidad civil adquieren sentido si se comprueba la existencia del perjuicio (puntapié del sistema del derecho de daños) y que éste encuentra su origen causal en el hecho denunciado en la pretensión, cuya existencia debe ser verificada. A su vez, probada su ocurrencia, para que operen los efectos propios de los factores objetivos de atribución, es necesario corroborar la situación de hecho que habilita su aplicación. En el caso, es menester comprobar si el menoscabo fue generado por una cosa riesgosa que resulta adjudicable, en su carácter de dueño o guardián, a los legitimados pasivos.

Por ende, de forma preliminar, es necesario determinar si se ha probado el acaecimiento del hecho dañoso susceptible de asignar responsabilidad a los emplazados, en caso de satisfacer los restantes presupuestos. Se anticipa que la respuesta es negativa.

Del análisis de la prueba producida emergen las declaraciones de los señores A. C. M., E. P. V., E. L. M., S. O. H. y G. E. B.

En cuanto a las declaraciones de los testigos —médicos— V. y M. advierto que se limitaron a reconocer la documentación y a explicar en qué consistía la patología sufrida por el actor. Increíblemente, el apoderado de la parte actora no preguntó al testigo V. acerca de la ocurrencia del suceso, puesto que en el relato de los hechos denunció la presencia del galeno en el momento del ingreso de los accionantes al ascensor, así como su actuación luego de ocurrida su caída (audiencias videofilmadas, actas de fs. 352 y 353 y fs. 37/62, esp. fs. 39).

La testigo M. relató que estuvo en el hospital el día que operaron al actor y que luego de la cirugía lo trasladaron en la camilla para realizarle unos estudios. En diferente sentido a lo afirmado en el escrito de demanda, narró que en el ascensor que debía trasladarlo, únicamente ingresaron la camilla y el ascensorista, por lo que ella bajó por las escaleras. Luego indicó que “escuchamos el ruido, que hace un ruido, un estruendo el ascensor y cuando él baja abajo ya estaba mal”. En cuanto a lo que pasó dentro del ascensor, aclaró que no lo vio porque —reiteró— solamente habían entrado al mismo el ascensorista y la camilla (audiencia videofilmada, acta de fs. 330).

En su declaración, el testigo S. O. H. contó en cuanto a la existencia del evento que operarios le refirieron que habría ocurrido un accidente con un ascensor y fue a verlo. Sin embargo, aclaró que cuando llegó no vio nada sino que observó “el ascensor normalmente con la puerta abierta, parado en la planta baja”. Indicó que no pudo verificar que el elevador se hubiera desplomado dos pisos y que cuando llegó no había nadie

en el lugar. En cuanto a la participación de un ascensorista, apuntó que “era muy difícil que un operador de ascensor esté ahí porque por la gran cantidad de afluencia de público, una persona más parada en el medio, ocupaba todo” (audiencia videofilmada, acta de fs. 391).

En su testimonio, G. E. B. declaró que en la fecha en cuestión se encontraba en el hospital para sacar un turno (audiencia videofilmada, acta de fs. 451). Si bien refirió en un primer momento que vio que se cayó el ascensor (parte 1, minuto 3:20 a 3:26), luego se contradujo. Cuando fue preguntada acerca de quienes estaban dentro del ascensor al momento del hecho contestó que estaban “A. S., el ascensorista y el chico A. J.”. Interrogada sobre cómo lo sabía indicó que “escuché que gritaba y sé que ella me dijo que estaba ese día ahí. Yo no la vi...me dijeron que eran un chico, ella, el ascensorista y el chico que estaba en camilla” y agregó “escuché el griterío nada más y después me fui” (parte 2, minuto 0:04 a 0:44).

Cabe destacar que las imprecisiones de las declaraciones juegan en desmedro de lo pretendido y no resultan suficientes para tener por acreditado al hecho, pues sus dichos no se sustentan en ninguna otra prueba (arts. 377, 386, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En lo relativo a la prueba informativa, la Agencia Gubernamental de Control de la Ciudad de Buenos Aires respondió respecto de los elevadores del “Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez” que los registros de conservación con anterioridad al año 2013 eran llevados en formato papel y que el mismo era otorgado por la actual Dirección General de Registro de Obras y Catastro quien podría tener la información solicitada (fs. 951).

Sin embargo, llamativamente la parte accionante desistió de la producción aquella prueba respecto de la Dirección General de Registro de Obras y Catastro (fs. 944).

Tampoco se acreditó la existencia de denuncia policial ni formación de oficio de causa penal alguna.

Respecto a los informes médicos, lo cierto es que aquellos se orientan a la constatación del perjuicio y no colaboran en lo que hace a la existencia y mecánica del suceso ni, por ende, en cuanto a la relación causal entre la existencia de un hecho no probado con ese perjuicio.

La parte actora sostiene que como consecuencia del accidente denunciado, S. A. J. fue sometido a una segunda intervención quirúrgica. Sustenta su postura en las constancias del resumen de la historia clínica que fueron acompañadas por ella y por el hospi-

tal, donde surge que luego de la cirugía en cuestión "... se efectúan radiografías del sistema evidenciándose nuevamente catéter desconectado. Se realiza reexploración del sistema por disfunción de derivación cístico peritoneal (sin válvula)" (fs. 11/29 y 381/383, esp. fs. 28 y 383). Sin embargo, se advierte en la lectura de la historia clínica que no hay ninguna referencia a la causa de la desconexión o de la disfunción que permitan concluir que tuvo su origen en el impacto causado por el desplome del ascensor narrado en la demanda.

Además, respecto al tratamiento que se le realizó al accionante, el médico designado de oficio explicó que "...Las válvulas de derivación ventriculoperitoneales son el tratamiento de elección de la hidrocefalia, pero no están exentas de complicaciones que comportan casi siempre una reintervención quirúrgica..." y agregó "...A pesar de su demostrada utilidad, los pacientes portadores de estas válvulas pueden presentar diversas complicaciones que se presentan en forma de disfunción mecánica o infecciosa. Por esta causa precisan nuevos ingresos hospitalarios y reintervenciones quirúrgicas" (fs. 957/965, esp. fs. 963), lo que expondría que en casos como el del aquí actor, no resultan inusuales los inconvenientes descritos en el resumen de historia clínica.

Dable es señalar que el informe del experto no mereció objeción alguna de la parte actora.

Además, corresponde precisar que los dictámenes deben valorarse de conformidad con las reglas de la sana crítica y con sujeción a las normas de aplicación al caso (esta Sala, causas N° 20586/2016, sent. del 21/02/2019; 33.977/2013, sent. del 20/03/2019; 86684/2013, sent. del 04/04/2019, entre otras).

Estas indican que, para apartarse de la pericia suficientemente fundada, es necesario oponer argumentos científicos que pongan en duda su eficacia probatoria. Las meras opiniones en contrario, sin esgrimir motivos valederos, son inhábiles para provocar el apartamiento de las conclusiones vertidas por quien es experto en un área de la ciencia o técnica (art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Comercial; esta Sala, causas N° 20586/2016, sent. del 21/02/2019; 33977/2013, sent. del 30/03/2019, entre muchas otras).

En la apreciación de la prueba, concurre un proceso mental casi simultáneo de percepción, reconstrucción histórica y análisis inductivo que permite arribar a las conclusiones básicas sobre el material examinado. Las reglas de experiencia que debe aplicar quien juzga en su actividad analítica al extraer inferencias de los hechos analizados se basan en qué es lo que de ordinario ocurre en el mundo físico o inmaterial, en virtud de la observación de los fenómenos naturales y las conductas humanas. La aplicación de tales pautas

de conocimiento común y el encadenamiento lógico que debe sustentarlas conforman la sana crítica, que no es otra cosa que un razonamiento inductivo basado siempre en normas de experiencia.

La valoración racional de la prueba consiste en evaluar las distintas hipótesis plausibles, efectivamente planteadas por las partes en este proceso, a fin de determinar la probabilidad de que una hipótesis sea verdadera, dados los elementos de juicio disponibles (Ferrer Beltrán J., "La valoración racional de la prueba", Marcial Pons, 2007, p. 139 y ss.).

De tal manera, del análisis integral de la prueba producida, estimo que la parte actora no ha logrado acreditar la versión de los hechos relatada en su postulado inicial, pues conforme lo antedicho, la única evidencia tendiente a demostrar el acaecimiento del evento fue la testimonial que, a todas luces, resulta insuficiente por las razones ya expuestas (arts. 330, 356 inc. 1, 377, 386, 456, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En suma, por los fundamentos vertidos, aprecio que la demanda debe ser rechazada (arts. 1113, Cód. Civil; 330, 356 inc. 1, 377, 386, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VIII. Por los fundamentos expuestos, postulo al Acuerdo: 1) Revocar el pronunciamiento en cuanto declaró prescripta la acción entablada por S. A. J.; 2) Confirmar lo decidido únicamente respecto a A. S.; 3) Rechazar la demanda instaurada por S. A. J. contra Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, "Mejores Hospitales SA" y de forma extensiva a "Compañía de Seguros La Mercantil Andina SA" en concepto de daños y perjuicios; 4) Imponer las costas de ambas instancias a la parte actora vencida, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); 5) Pasen los autos a despacho a fin de tratar lo relativo a los honorarios.

La doctora *Bermejo*, por las consideraciones y razones aducidas por la doctora *Maggio*, vota en igual sentido a la cuestión propuesta.

Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcripto precedentemente, por unanimidad de votos el Tribunal decide: 1) Revocar el pronunciamiento en cuanto declaró prescripta la acción entablada por S. A. J.; 2) Confirmar lo decidido únicamente respecto a A. S.; 3) Rechazar la demanda instaurada por S. A. J. contra Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, "Mejores Hospitales SA" y de forma extensiva a "Compañía de Seguros La Mercantil Andina SA" en concepto de daños y perjuicios; 4) Imponer las costas de ambas instancias a la parte actora vencida, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); 5) Pasen los autos a despacho a fin de tratar lo relativo a los ho-

norarios. Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1° de la ley 26.856, 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/2013 de la CSJN. La difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. Notifíquese por secretaría y cúmplase con la comunicación pública dispuesta en las Acordadas de la CSJN 15/2013 y 24/2013. Oportunamente, devuélvase a la instancia de grado. Se deja constancia que la vocalía N° 32 se encuentra vacante y que la Dra. Beatriz Alicia Verón no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia. — *Lorena F. Maggio.* — *Silvia P. Bermejo.*

HONOR PROFESIONAL

Publicaciones injuriosas. Desprestigio de la actividad abogadil. Legitimación del Colegio Público de Abogados. Daño moral colectivo.

1. — La publicación en medios de comunicación masiva y la impresión de panfletos en los que, además de referirse a los profesionales de la abogacía como “caranchos”, alertan a la sociedad, específicamente a los trabajadores, sobre los perjuicios que les puede ocasionar contactarlos y no llamar a su ART es un verdadero descrédito de la profesión. Esta alerta y esta referencia despectiva a aves de rapiña sin dudas afecta el honor profesional y causa un daño que debe ser indemnizado.
2. — No puede permitirse que se naturalice la agresión o el desprestigio de la profesión del abogado con publicaciones que agredan su honor. Pues son auxiliares de la justicia y el buen funcionamiento de este poder del Estado interesa a toda la comunidad. Y aunque no configure el ejercicio de una función pública en sentido propio, tiene una particular relevancia en el desenvolvimiento de la sociedad toda.
3. — Son los colegios de abogados los que se hayan plenamente facultados para atender y proteger el ejercicio de los derechos de los profesionales de la abogacía y de la profesión de abogados como tal.
4. — La procedencia del daño moral colectivo como rubro indemnizable ha de ser acogida con mesurada razonabilidad y prudencia, incorporándose dentro del ámbito de la moderna responsabilidad objetiva social.

JNCiv. Nro. 79, 13/06/2022. - Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c. Unión de Aseguradoras de Riesgos del Trabajo s/ daños y perjuicios - ordinario^(*).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/75347/2022]

COSTAS

Se imponen a la demanda vencida.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expte. N° 77106/2017

1ª Instancia. - Buenos Aires, junio 13 de 2022.

I. Antecedentes del caso:

a. El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal representado por las Dras. Ana Laura Núñez y Karina Melano promueven esta demanda de por daños y perjuicios contra la Unión de Aseguradoras de Riesgo de Trabajo. Reclama la suma de pesos dos millones (\$2.000.000) en concepto de daño moral y pérdida de chance. Asimismo, reclama la retractación de la UART en iguales condiciones que la publicación que motiva la demanda.

Relata que el 26 de octubre de 2015 el Dr. Lahuen Carlos César Balbas presentó una denuncia ante el Colegio de Abogados con motivo de un aviso efectuado en el Diario Popular el 18 de octubre, en el cual se grafica una imagen de un ave rapaz con la leyenda que textualmente dice:

“Carancho! Ante un accidente, mejor llámala a tu ART.

Tu ART te brinda atención médica las 24 hs. Sin límites te paga las indemnizaciones en un plazo de 15 días. No permitas que un carancho te meta la mano en el bolsillo. Tenés una ART. Dejá que te cubra. Utilicemos el sistema responsablemente. UART. Protegiendo tu trabajo.”

El 9 de noviembre del mismo año se recibe otra denuncia, de igual tenor, hecha por el Instituto del Derecho del Trabajo del CPACF. Allí, se alude a la pauta publicitaria del 8 de noviembre, efectuada en los diarios *La Nación* y *Clarín* en las cuales la demandada publicó otro aviso que decía:

(*) Sentencia confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, del 02/12/2022.

“Carancho! El sistema de riesgos de trabajo corre peligro. La alta judicialidad amenaza la cobertura integral y de calidad para los trabajadores.

También los costos ciertos y razonables para las empresas. Los trabajadores tienen derecho ante un accidente laboral o enfermedad profesional: atención médica integral las 24 hs. sin límites, sin pagos extras e indemnizaciones en un plazo de 15 días.

Si usted es empleador, es importante que esté atento a lo que sucede con sus empleados, les brinde adecuada información y se contacte con su ART.

Si usted es trabajador y tiene dudas, su mejor opción es consultar con su empleador o recurrir a su ART.

Utilicemos el sistema responsablemente.

Protegiendo el trabajo.”

En virtud de ello, intimaron mediante carta documento a la demandada para que en el plazo de 72 hs. se retracte de tales publicaciones mediante iguales condiciones que las aludidas y se abstuviera de seguir publicando calificaciones de dicho tenor las cuales son violatorias de los arts. 1 y segundo párrafo y 5 de la ley 23.187.

La UART negó los términos de la carta documento, por lo que se la convocó a una audiencia de mediación la que fue cerrada sin acuerdo.

Finalmente, el 28 de marzo de 2016, el Dr. Agustín Salvador Bertollini se acercó a la Comisión de Vigilancia del Colegio denunciando que su hijo tuvo un accidente y fue atendido en la Clínica Modelo de Morón a donde se le entregó un volante publicitario que decía:

“Carancho me lastimé! Ante un accidente mejor recurrí a tu ART. No dejes que ningún Carancho te engañe” UART.

Todos estos hechos son los que motivan la promoción de esta acción. Afirman que la totalidad del argumento que sustenta la publicidad de la UART, amén de haber informado en forma falsa y maliciosa a la gente sobre los abogados, sus términos son totalmente injuriantes no solo para los letrados que se dedican al fuero laboral —reclamos ante una ART— sino que desprestigian a toda la matrícula abogadil que integra el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

Concluyen que acciones como estas descalifican, deterioran, menoscaban y desprestigian la imagen de la profesión abogadil, fomentando lugares comunes disvaliosos que se destina en el imaginario social de los abogados como los “caranchos” específicamente en este caso, aquellos letrados que asisten a víctimas de accidentes, al mismo tiempo se genera temor y la creencia en los trabajadores damnificados en ser engañados por los abogados que no pertenezcan a las ART. Y, que la UART ha realizado acciones que vulneran y menosca-

ban los principios establecidos en la ley 23.187, por ello debe responder.

Fundan su derecho y ofrecen prueba.

b. La Unión de Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (UART) contesta la demanda por medio de su letrado apoderado Dr. Gonzalo Alberto Dabini y con el patrocinio del Dr. Daniel Bautista Guffanti.

Realiza una negativa general de los hechos expuestos en la demanda. Reconoce que la UART hizo las publicaciones en los diarios *Clarín*, *La Nación* y *Diario Popular* en los que se sustenta la demanda. Pero, niega que se refieran a los abogados. La prueba de ellos es que los abogados no fueron mencionados en las publicaciones.

Contrariamente a ello, afirma que es el propio Colegio que se auto incrimina asimilando la figura del carancho con sus matriculados, cuando nada de ello puede derivarse de las publicaciones cuestionadas. Concluyen que las publicaciones efectuadas no son otra cosa que el ejercicio regular del derecho a la libertad de pensamiento y expresión con relación al estado de situación del sistema de riesgos de trabajo.

Finalmente, sostiene que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal carece de legitimación para promover esta acción en nombre de los abogados matriculados. Se trata de un supuesto de daño extrapatrimonial o de derechos personalísimos de los abogados, por ende, el Colegio no puede arrogarse la legitimación.

Funda su derecho y ofrece prueba.

c. La parte actora denunció como hecho nuevo una nueva publicidad en la Clínica del Sol de la Ciudad de Buenos Aires. Corrido el pertinente traslado la demandada lo responde, desconoce la documental acompañada y solicita el rechazo del planteo, con costas.

d. La parte actora contesta el traslado de la defensa de falta de legitimación activa. Sostiene que con el planteo en análisis se desconoce que la acción se ha iniciado en el carácter de organismo público no estatal, a quien el Estado, a través de la ley 23.187 le ha confiado y delegado funciones, derechos, deberes y facultades, en cuyo pleno ejercicio promueve esta demanda. Destaca que, entre otras funciones tiene el deber de tutelar la inviolabilidad del ejercicio profesional en todos sus órdenes estando investido a estos efectos de legitimación procesal para ejercer la acción pública. Estas funciones específicas se encuentran en íntima relación con las finalidades del Colegio, estableciéndose en el art. 20 de la ley 23.187 entre las cuales se destaca “defender a los miembros del colegio para asegurarse el libre ejercicio de la profesión conforme a las leyes, velar por la dignidad y el decoro profesional de los abogados y afianzar la armonía entre ellos.” Cita jurisprudencia que refuerza su postura.

e. La jueza que me precedió en el conocimiento de la causa recibió el hecho nuevo, abrió la causa a prueba y

proveyó las que consideró conducentes (ver <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=lztaG1RAJeBGizm7hzn%2FrjPoc1A3s4BmzcTW2WMh28%3D&tipoDoc=despacho&cid=200987>).

f. Producida toda la prueba ofrecida por las partes clausuró el período probatorio, habiendo hecho uso de su derecho a alegar la parte actora y la demandada (ver <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=6CGUIE5Qz%2B7j5uDu904Uen8N2M1E5mPVzfnf6%2FeDbi0%3D&tipoDoc=despacho&cid=200987>). Luego, se llamó en dos oportunidades los Autos a sentencia, noviembre de 2019 (ver <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=0gMJgFPyPOB8CfVmYWS5yenBrDz7OymhXvgkx%2Fdx9c0%3D&tipoDoc=despacho&cid=200987>) y marzo de 2021 (ver <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=OqGyQInoG3Ps0s1cX2zsAgCECi%2Fr0g8aeyL5N4Taths%3D&tipoDoc=despacho&cid=200987>). Ambos fueron dejados sin efecto, el primero para convocar a las partes a una audiencia de conciliación y, el segundo para dar cumplimiento lo dispuesto en las acordadas Nros. 32/2014 y 12/2016 de la CSJN en la inteligencia que estamos frente a una demanda colectiva (ver <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=%2BYVgEHLqx2xv8YClgwxyHpVZPL7W%2FvAwgUGoifO9Ko%3D&tipoDoc=despacho&cid=200987>).

g. Con motivo de ello, dictaminó preliminarmente la Sra. Fiscal y solicitó que se cumpla con el informe previsto en las Acordadas 32/2014 y 12/2016 (ver <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=yP8eawDwS9Miy97B2A8DkPVYIEfAoXVH1eu6x20AbDk%3D&tipoDoc=despacho&cid=200987>). Luego, el Director del Registro de Procesos Colectivos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación presentó su informe y afirmó que no existe ningún proceso colectivo inscripto, o medida cautelar anotada en su registro que guarde sustancial semejanza en el objeto de la pretensión (ver <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=P%2FovJ3mRR5pFFhslw8jX2m1aXR11N%2BQtpV2TQkN63ew%3D&tipoDoc=despacho&cid=200987>).

Nuevamente se envían las actuaciones a la Fiscalía y allí la Dra. Mauri manifestó que solicitó la colaboración y asistencia en las presentes actuaciones del Programa para la Protección de los Usuarios y Consumidores cuya titular sostuvo que “la presente acción colectiva no se encuentra dirigida —conforme la delimitación del objeto efectuada por la propia accionante— a la tutela de los derechos de las y los consumidores que potencialmente podrían verse afectados por la publicidad emitida por la demandada” y, entendió excedido el ámbito de su competencia (ver <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=NzdrbsDYhbd2B%2FIWIMB1gA0nFVNV51YdleK4156VuM0%3D&tipoDoc=despacho&cid=203743>) decisión a la que se adhirió la Fiscal de 1ª Instancia (ver <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=C3NT9az%2BGJUzmawOgN4v7okmDzwl1QWTnnPXCfb3qGc%3D&tipoDoc=despacho&cid=200987>).

g. Cumplidos este trámite previo y asumido el conocimiento de la causa decidí llamar los Autos a sentencia.

II. El caso:

No está discutido que la Unión de Aseguradoras de Riesgos del Trabajo publicó en diversos medios y repartió folletos con las siguientes frases:

“Carancho! Ante un accidente, mejor llámala a tu ART.

Tu ART te brinda atención médica las 24 hs. sin límites te paga las indemnizaciones en un plazo de 15 días. No permitas que un carancho te meta la mano en el bolsillo. Tenes una ART. Dejá que te cubra. Utilicemos el sistema responsablemente. UART. Protegiendo tu trabajo.”

“Carancho! El sistema de riesgos de trabajo corre peligro. La alta judicialidad amenaza la cobertura integral y de calidad para los trabajadores.

También los costos ciertos y razonables para las empresas. Los trabajadores tienen derecho ante un accidente laboral o enfermedad profesional: atención médica integral las 24 hs. sin límites, sin pagos extras e indemnizaciones en un plazo de 15 días.

Si usted es empleador, es importante que esté atento a lo que sucede con sus empleados, les brinde adecuada información y se contacte con su ART.

Si usted es trabajador y tiene dudas, su mejor opción es consultar con su empleador o recurrir a su ART.

Utilicemos el sistema responsablemente.

Protegiendo el trabajo.

Unión de Aseguradoras de Riesgos de Trabajo.”

“¿Carancho me lastimé! Ante un accidente mejor recurrí a tu ART. No dejes que ningún Carancho te engañe” UART.

En cambio, sí se cuestiona la legitimación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal para entablar el debate y que, la referencia al “Carancho” sea por el colectivo de los abogados. Dilucidados estos puntos, se analizará si existe responsabilidad civil de la demandada y procede el reclamo efectuado.

III. La legitimación activa del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Análisis del caso y solución:

a. La legitimación para obrar es la aptitud que emana de la ley para requerir una sentencia favorable respecto del objeto litigioso; y por ello constituye un presupuesto de la pretensión de fondo, ya que determina quiénes deben o pueden demandar o ser demandados, es decir precisa quiénes están autorizados para obtener una decisión sobre el conflicto planteado en cada caso concreto y si es posible resolver la contro-

versía que existe en el juicio entre quienes figuran en él como partes.

Denota la posición subjetiva de las partes frente al debate judicial. La llamamos activa o pasiva. La primera, cuando existe identidad entre la persona a quien la ley le concede el derecho de acción y asume en el proceso el carácter de parte actora. En cambio, la pasiva se da cuando se constata esa identidad entre la persona habilitada para contradecir y quien ha sido efectivamente demandado. La ausencia de una u otra identidad autoriza a planteo que se ha hecho llamado “falta de legitimación” (1).

También, es un presupuesto necesario para que exista un caso, causa o controversia que deba ser resuelto por el Poder Judicial (2). Por ello, en el análisis de la legitimación debemos verificar la existencia de este “caso” o “causa”, requisito insoslayable para que se habilite la intervención de cualquier tribunal de justicia (art. 116 de la CN) (3). Además, quien acciona debe demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación vincula los conceptos de legitimación y de causa, de manera que, a falta del interés suficiente, no solo faltaría la legitimación, sino que, directamente, no se configuraría una causa en los términos constitucionales (4).

b. En este caso, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, en representación de todos los profesionales matriculados, demanda el pago de una indemnización -daño moral colectivo— pues entiende que las publicaciones efectuadas por la parte demandada han generado un desprestigio de la matrícula abogadil importando una injuria a su profesión.

c. Las facultades del Colegio Público de Abogados para promover esta acción surgen de la propia ley 23.187. El artículo 1 establece que: “La protección de la libertad y dignidad de la profesión de abogado forma parte de las finalidades de esta ley y ninguna de sus disposiciones podrán entenderse en un sentido que la menoscabe o restrinja”.

Por su parte, los arts. 20 y 21 en sus incisos c y j, respectivamente le imponen como deberes al colegio “Defender a los miembros del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal para asegurarles el libre ejercicio de la profesión conforme las leyes, velar por la dignidad y el decoro profesional de los abogados y afianzar la armonía entre ellos” y, tutelar “la inviolabilidad del ejercicio profesional en todos sus órdenes, estando investido a esos efectos la legitimación procesal para ejercitar la acción pública” (5).

Sobre la base de esta plataforma normativa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha acompañado al dictamen del Sr. Procurador General coincidiendo que, al evaluar la existencia de caso debe ponderarse que el Colegio es una persona de derecho público, pues no se la concibe como una asociación de derecho común, a la cual se es libre de asociarse o de no asociarse, para la defensa de intereses sectoriales, sino como el órgano que en el ámbito de la delegación transestructural de las funciones estatales es revestido de naturaleza pública para llevar adelante el cumplimiento de un cometido público que se le encomienda, cual es el de controlar el ejercicio de la profesión con arreglo a las pautas preestablecidas en resguardo de los intereses, no de los abogados individual y sectorialmente, sino de la comunidad que necesita del concurso de estos para garantizar el afianzamiento de la justicia, de la que los abogados son auxiliares (6).

Es evidente entonces que la violación a la dignidad y la honorabilidad del ejercicio profesional constituyen el “caso”. Y, son los Colegios de Abogados los que se hayan plenamente facultados para atender y proteger el ejercicio de los derechos de los profesionales de la abogacía y de la profesión de abogados como tal y así ha sido acepado en varias oportunidades” (7).

Por ello, teniendo en cuenta el tenor del reclamo que aquí se realiza la defensa de falta de legitimación activa debe desestimarse ya que dentro de los objetivos perseguidos por el Colegio se encuentra la defensa de la dignidad profesional.

d. La tutela preventiva y resarcitoria tiende, en nuestros tiempos a expandirse alcanzando también a intereses patrimoniales y extrapatrimoniales de carácter grupal o colectivo.

Según la doctrina de la Corte Nacional a partir del precedente “Halabi” (8) existen tres clases de derechos.

1. Los derechos individuales. Corresponden a derechos subjetivos patrimoniales o extrapatrimoniales debatidos en proceso bilateral, con una obligación única y una única sentencia con efectos entre las partes.

2. Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (o derechos colectivos, trasindividuales o supraindividuales) se subdividen en: difusos, colectivos o públicos. Si los derechos se refieren a un grupo indeterminado o de difícil determinación serán, difusos. Si en cambio, pertenecen a un grupo determinado serán colectivos o, públicos si pertenece a los ciudadanos.

3. Los derechos de incidencia colectiva que recaen sobre derechos individuales homogéneos (o derechos individuales homogéneos o pluriindividuales homogéneos) se corresponden con una pluralidad de derechos subjetivos divisibles, aunque homogéneos porque tienen una causa común, de hecho, o de derecho, en los que la cuestión sobre la responsabilidad civil es única por lo que es aconsejable y conveniente el dictado de una sola sentencia con efectos *erga omnes*.

Claramente estamos frente a este tercer supuesto, derechos de incidencia colectiva que recaen sobre derechos individuales homogéneos. La doctrina procesal los define como “el conjunto de derechos subjetivos individuales provenientes de un origen común, cuando predominan esas cuestiones comunes atendiendo a la representatividad del legitimado. Los legitimados, incluyendo a los miembros del grupo, categoría o clase involucrados, pueden proponer en nombre propio y en el interés de todos los miembros, acción de responsabilidad civil por los daños individualmente sufridos” (9).

En este contexto, la Corte en el ya mencionado caso “Halabi” se refirió a los legitimados anómalos. Reconociendo que es perfectamente aceptable, dentro del esquema de nuestro ordenamiento que un afectado, el defensor del pueblo, o determinadas asociaciones deduzcan en los términos del 2° párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional, una acción declarativa con análogas características y efectos a las acciones de clase existentes en el derecho norteamericano.

Es cierto que para la admisión formal de este tipo de acciones deben verificarse ciertos recaudos elementales: identificación del grupo o colectivo afectado —los y las profesionales de la abogacía—; la idoneidad de quien asume su representación —el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal—; la existencia de un planteo que los involucre —la deshonra profesional—.

Estos recaudos, como ha quedado expuesto, se han verificado por lo que cabe ahora examinar el contenido de la publicación y la procedencia del reclamo.

IV. Los términos de la publicación. La referencia a “Carancho”:

La demandada Unión de Aseguradoras de Riesgo del Trabajo si bien reconoce como de su autoría las publicaciones y folletos, niega rotundamente que la referencia a “Carancho” sea a los abogados. Aclara que aludía a personas que tenían por actividad aprovecharse de los trabajadores accidentados.

Sin embargo, a pesar del esfuerzo argumental, no tengo dudas que la referencia a “Carancho” es dirigida a quienes ejercen la abogacía.

Todas las publicaciones siguen la misma línea de “alerta” pero, precisamente en una de ellas hacen referencia a que “La alta judicialidad amenaza la cobertura integral y de calidad para los trabajadores” y, los únicos profesionales que pueden “judicializar” los accidentes son los abogados.

Por otra parte, debemos recordar que los hechos notorios son los que entran naturalmente en el conocimiento o información normal de las personas en el círculo en que se desenvuelven. Los jueces y juezas podemos acudir a ellos por nuestro conocimiento personal o por investigaciones propias, pero ese hecho debe ser el inherente a una cultura media. Y, en la cultura media de nuestra nación la referencia a “Carancho” es sin duda a los abogados. Pero, si alguna duda queda sobre ello, si uno en un buscador pregunta ¿Qué significa carancho en la Argentina? Se abren infinidad de páginas con referencia a los abogados (10).

V. El honor profesional. La libertad de expresión:

a. En el *sub lite* se plantea una controversia entre dos derechos de raigambre constitucional que deben ser armonizados en tanto ninguno tiene carácter absoluto: el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor (arts. 14, 32, y 75, inc. 22, CN; 11 y 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 17 y 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; IV y V, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y 12 y 19, Declaración Universal de Derechos Humanos).

b. El diccionario de la Real Academia Española (RAE) define el “honor” como “gloria o buena reputación”, entre otras (11). Nuestra jurisprudencia lo ha definido como dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma (12).

Esta es la conocida división en honor objetivo y subjetivo. Existe el llamado honor objetivo (reputación o fama) y el honor subjetivo (dignidad, propia estimación) (13).

Esta diferencia proviene de las palabras honor y honra. Honor es la cualidad moral que lleva al cumplimiento de los deberes ante los demás y nosotros mismos; se traduce en gloria, buena reputación. Honra importa estima y respeto de la dignidad propia (14).

En este caso, el Colegio de Abogados afirma que las publicaciones que motivaron esta demanda provocan

un daño en la reputación o fama de la profesión afectándose el honor objetivo.

Nos preguntamos si la profesión como precepto genérico puede ser deshonrada y entiendo que la respuesta es afirmativa y es lo que aquí ha sucedido. La publicación en medios masivos de comunicación y la impresión de panfletos en los que, además de referirse a los profesionales de la abogacía como “caranchos”, alertan a la sociedad, específicamente a los trabajadores, sobre los perjuicios que les puede ocasionar contactarlos y no llamar a su ART es un verdadero descrédito de la profesión. Esta alerta y esta referencia despectiva a aves de rapiña sin dudas afecta el honor profesional y causa un daño que debe ser indemnizado.

El Dr. Santos Cifuentes ha nutrido a la doctrina nacional con su profundo análisis de los derechos personalísimos recalando que “no solamente debe tutelarse el bien desde el punto de vista de las personas en sí misma, sino de lo que ellas representan por sus actividades. La profesión, el título y la habilidad, son elementos que gozan quienes los ostentan como parte del buen nombre, consideración y fama” (15). La honra es perceptible cuando median méritos reconocidos por la sociedad; esfuerzos premiados por ella y el título profesional es uno de ellos.

De esta manera agrega que “los hechos, actitudes o palabras que para unos no causan pena o dolor, o solo en pequeña medida, para otros llevan un verdadero ataque a la dignidad que les concierne, debiendo ser juzgados con mayor severidad” (16).

Se le exige a los abogados y abogadas una conducta profesional enmarcada en la ética y la moral. Exigencia que, no solo deriva de la ley sino de la mirada que tiene la sociedad respecto de los únicos profesionales que se encuentran habilitados para concurrir a los tribunales a defender sus derechos.

Entonces, no podemos permitir que se naturalice la agresión o el desprestigio de esta profesión con publicaciones que agreden su honor. Pues, los abogados y las abogadas son auxiliares de la justicia y que el buen funcionamiento de este poder del Estado interesa a toda la comunidad. Y, aunque no configure el ejercicio de una función pública en sentido propio, tiene una particular relevancia en el desenvolvimiento de la sociedad toda.

Se les exige de manera ineludible y estricta el desempeño ceñido a las reglas de la ética y la moral. Por ende, la lesión a su honor con imputaciones falsas, descalificantes y desmedidas debe despertar una correlativa amplitud en los medios de defensa que la ley proyecta.

c. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado en forma reiterada el lugar eminente que la libertad de expresión ocupa en un régimen republicano. Ha dicho desde antiguo que “...entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmembrada o puramente nominal...” (17).

Los juicios de valor respecto de la reputación y el honor de terceros, deberán estar dados por la ausencia de expresiones estricta e indudablemente injuriantes y que en forma manifiesta carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan. Ello es así pues no hay un derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada (18).

También el Alto Tribunal ha manifestado que “el especial reconocimiento constitucional de que goza el derecho de buscar, dar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio” (19).

d. Definidos los derechos en juego, podemos concluir que las expresiones utilizadas por la demandada en sus publicaciones refiriéndose a los profesionales de la abogacía como “Caranchos” excede el marco del ejercicio del derecho constitucional de libertad de expresión, siendo desaprensivas y deshonrosas de la profesión abogadil. Por ello, de conformidad con lo establecido por los arts. 1716, 1724, 1726, 1737, 1741 y cctes. del Cód. Civ. y Com. de la Nación debe ser indemnizada.

VI. La procedencia del reclamo:

a. Hasta ahora ha quedado claro que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal es la institución a quien normativamente le ha sido delegada la protección de la libertad y dignidad de la abogacía y; el deber de asegurarles a los abogados y abogadas el libre ejercicio de su profesión, tutelando la inviolabilidad del ejercicio profesional en todos sus órdenes. Por ello, es quien se encuentra legitimado para ejercer el reclamo en orden al desprestigio de la profesión de los abogados y abogadas.

Cabe aclarar que no se trata aquí de una pretensión individual. No ha sido desprestigiado el colegio sino la profesión que tiene obligación de proteger.

No hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase. Entonces, en casos como este además de determinar la legitimación como ya lo hicimos, debemos analizar cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos (20).

Antes de entrar en ese análisis es oportuno aclarar que, con criterio que comparto se ha sostenido que “la falta de regulación legal no autoriza a ocultar el ejercicio de los derechos garantizados a través de los sujetos constitucionalmente legitimados para hacerlo. Es que, siguiendo los principios sentados por la Corte Sup. hace más de cuarenta años (*in re* “Siri”, del 27/12/1957, Fallos: 239:459), los jueces debemos acordar protección a los derechos y garantías constitucionales, sin excusarnos en la falta de una ley que los reglamente o de un procedimiento legal apto para su ejercicio, pues estos no han sido reconocidos como simples fórmulas teóricas, sino que poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. (Este criterio puede observarse en el fallo del alto tribunal en la causa “Ekmekdjian c. Sofovich”, del 07/07/1992, antes citada, al admitir la representación colectiva del accionante” (21).

Más aún si, el derecho que se reclama deriva de la afectación de un derecho fundamental con clara trascendencia social y, el principio que veda el no dañar a otro opera sin más para decidir la reparación del perjuicio injusto (22).

El daño moral (en sentido estricto) fue —tradicionalmente— concebido como una perturbación en las condiciones de la existencia de la persona física. Ahora bien, cuando se trata de la disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad o una comunidad en su totalidad, equivalente a la lesión a intereses colectivos no patrimoniales causada por el daño generado en contra de un bien de naturaleza común, estamos frente al daño moral colectivo.

Esta figura, ante la falta de regulación normativa trae aparejadas diversas complicaciones, por ejemplo, si valuación y cuantificación y, el destino de la indemnización.

En cuanto a la valoración deben entenderse las circunstancias del caso con la mirada que se juzga desde una perspectiva comunitaria. Se ha dicho sobre este aspecto que “La precedencia del daño moral colectivo como rubro indemnizable, en los referidos supuestos, ha de ser acogida con mesurada razonabilidad y prudencia, incorporándosele dentro del ámbito de la moderna responsabilidad objetiva social. Y en la medida que produzcan verdaderos sufrimientos, incomodidades o alteraciones ponderables en el orden extrapatrimonial y en tanto las inevitables secuelas psíquicas y espirituales que sobrevengan de esas agresiones. Teniendo sin embargo en cuenta a estos fines, que la demostración del daño moral no ha menester de una prueba directa, ‘se desprende *in re ipsa* del mismo hecho que lo causa’ siendo ‘las circunstancias del caso’ las que condicionan la apreciación de su existencia y entidad” (23).

En cuanto al destino, existen diversas corrientes doctrinarias, pero, aquí no hay dudas que la parte actora se encuentra debidamente legitimada para recibir la indemnización en nombre de los matriculados.

b. Lo que no se encuentra el colegio legitimado para reclamar es la pretendida pérdida de chance. Pues, si el art. 1739 del Cód. Civ. y Comercial dispone en su parte final que: “La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”; para disponer de su indemnización, esa chance debe entrañar una probabilidad suficiente que habrá de ser valorada en cada caso particular, considerando las circunstancias que la rodean.

Entonces, como este rubro comprende todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado —en este caso los abogados y abogadas— podrían haber realizado un provecho, obtenido una ganancia o beneficio o evitar una pérdida, resultados todos que fueron impedidos por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, creando una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial, cuya pérdida es lo que se indemniza (24).

Por ello, en uso de las facultades que me confiere el art. 165 del Código Procesal y ponderando la entidad del daño causado, la deshonra a la profesión de los abogados y abogadas, habré de condenar a la parte demandada a pagar la suma de pesos dos millones (\$2.000.000) en concepto de daño moral colectivo.

c. La publicación de la sentencia:

También la parte actora solicita que se condene a la demandada a retractarse en iguales condiciones y medios publicitarios que los avisos aludidos. Este reclamo será atendido pues la retractación ante la deshonra es la herramienta dar a conocer la condena por el daño causado. En consecuencia, deberá publicar en los diarios *La Nación*, *Clarín* y *Diario Popular* los términos de este fallo.

VIII. Intereses:

La cantidad por la que se impone la condena de vengará intereses. Estos deberán computarse a partir de la fecha de promoción de la demanda, esto es 26 de octubre de 2017. Asimismo, atento a lo resuelto en el Acuerdo Plenario celebrado en los autos “Samudio de Martínez, Ladislaa v. Transportes Doscientos Setenta SA”, cabe aplicar sobre el capital de condena y hasta el efectivo pago, la tasa activa carter general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

carancho/ <https://www.diccionarioargentino.com/term/Carancho>.

(11) <https://dle.rae.es/honor?m=form>.

(12) CNCiv., Sala L, Cancela Omar J. c Artear y otros, del 28/10/1994 cita on line: LALEY AR/JUR/951/1994.

(13) CCiv. y Com. Morón, Sala IIC, del 07/08/2009 publicado en LA LEY TR 70058363,

(14) CIFUENTES (h.), Santos E., “Los derechos personalísimos. La integridad espiritual y los medios de protección civil”, publicado en: *Revista del Notariado* 732, 01/01/1973, 2381, Cita: TR LALEY AR/DOC/177/2012.

(15) CIFUENTES (h), Santos E., ob. cit.

(16) CIFUENTES (h), Santos E., ob. cit.

(17) Fallos: 248:291; 331:1530 y 332:2559.

(18) Fallos: 321:2558, “Amarilla”; 335:2150, “Quantin”; 337:921, “Irigoyen” y 336:1148, “Canicoba”).

(19) Fallos: 308:789; 321:667 y 3170; y 332:2559.

(20) CNFed. Cont. Adm., Sala III, en autos “Mihura Estrada, Ricardo y otro c. CPACF s/ amparo ley 16.986”, Expte. N° 32.164/2012, del 15/11/2012.

(21) CNFed. Civ. y Com., Sala 1ª, del 16/03/2000, Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires v. Edesur SA, publicado en: JA, 2000-II-223; TR LALEY 20001950.

(22) DE LORENZO, Miguel “El Daño injusto en la responsabilidad civil”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1996.

(23) MORELLO, Augusto M. y Stiglitz, Gabriel, “Daño moral colectivo”, LA LEY, 1984-C-1197.

(24) LÓPEZ MESA, Marcelo en “La pérdida de chance de curación como daño indemnizable y su regulación en el Código Civil y Comercial” publicado en “La revista Argentina de Derecho Civil”, núm. 9 del 13 de noviembre de 2020.

CONTRATO DE SEGURO

Determinación del riesgo. Validez.

1. — Si la póliza consigna claramente determinado monto a título de suma asegurada, él actúa como un tope o límite indemnizatorio máximo

hasta el cual se extiende la responsabilidad de la aseguradora.

2. — La pretensión planteada por el actor consistente, primariamente, en dejar completamente de lado la delimitación cuantitativa pactada en el seguro que a él mismo cabe atribuir, no tiene cabida a la luz del derecho vigente.
3. — Es improcedente otorgar al asegurado una indemnización mayor que la contratada en el seguro, toda vez que la prestación a cargo de la compañía aseguradora debe circunscribirse, a la “suma asegurada”, límite fijado libremente por las partes con apoyo en lo determinado por el art. 1197 del Cód. Civil o art. 958 del Cód. Civ. y Com.; máxime cuando, en la demanda no se solicitó ningún reajuste de la cifra asegurada sino derechamente la nulidad de la cláusula que la fijó para, de ese modo, desatender a tal cifra.
4. — La referencia del actor al costo de reposición de la cosa asegurada según el resultado del peritaje de tasación o su valoración actual de mercado, puede ser elemento de juicio a tener en cuenta en punto a la definición del daño efectivamente sufrido, pero no para exceder el máximo de la responsabilidad contractualmente asumida por la aseguradora.
5. — En los dominios del contrato de seguro no constituyen cláusulas abusivas las que definen, por condición particular predispuesta, la materia u objeto contractual, pues ellas importan siempre una delimitación del riesgo; instituto este último ajeno, extraño y distinto a las cláusulas limitativas de responsabilidad, que sí pueden llegar a ser abusivas.
6. — El caso no involucra ningún supuesto de seguro de responsabilidad civil “obligatorio”, sino un aseguramiento de daños de carácter “voluntario”, esto es, un tipo de seguro que lejos de concernir al perjuicio sufrido por un tercero ajeno a la contratación, se refiere al menoscabo patrimonial del propio tomador, esto es, a un seguro de daños patrimoniales con relación al cual la delimitación cuantitativa, o sea, la fijación de una cifra asegurada, se convierte en un “límite infranqueable” que, ciertamente, no niega el principio indemnizatorio.
7. — Las estipulaciones delimitadoras del riesgo son las que tienen por objeto fijar el objeto del contrato estableciendo qué riesgos son objeto del seguro, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial. En cambio, las cláusulas

sulas limitativas se refieren a los derechos y, en la medida de su válida estipulación, permiten limitar, condicionar o modificar el derecho del asegurado cuando el riesgo objeto del seguro se hubiera producido.

CNCom., sala D, 12/07/2022. - Ballesteros Otarola, Edison Camilo c. Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda. s/ ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/96443/2022]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. n° COM 006586/2020/CA001

Buenos Aires, 12 de julio de 2022.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el doctor *Heredia* dijo:

1º) El señor Edison C. Ballesteros Otarola promovió la presente demanda contra Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda. por cumplimiento del contrato de seguro instrumentado en la póliza certificado n° 2336002 que cubría el riesgo de hurto de la motocicleta dominio..., más daños y perjuicios.

En cuanto interesa destacar, surge de la lectura del escrito de inicio y de la documentación acompañada con él: I) que la aseguradora demandada aceptó el siniestro oportunamente denunciado (hurto de la motocicleta asegurada el 3/7/2019) y, por ello, ofreció pagar al actor la suma determinada en la póliza como cobertura máxima, con descuento de un saldo en concepto de prima; II) que tal ofrecimiento fue rechazado por el señor Ballesteros Otarola por encontrarlo insuficiente; III) que en tales condiciones fue que instó el presente reclamo para obtener un resarcimiento de alcance mayor; y IV) que la demanda contiene también, como presupuesto del más amplio resarcimiento pretendido, el pedido de que se declare la nulidad de la cláusula de la póliza que estableció el capital máximo asegurado, habida cuenta de su carácter abusivo a la luz del régimen tuitivo del derecho del consumidor y del principio de reparación plena del daño aprobado por el Código Civil y Comercial de la Nación.

Reclamó el actor, en concreto, el valor total de reposición del vehículo, el resarcimiento correspondiente a la privación de su uso y al daño moral sufrido a causa de la inexecución contractual imputada, e igual-

mente la aplicación a la demandada de una sanción en concepto de daño punitivo, más intereses y costas.

2º) La sentencia de primera instancia -dictada el 2/2/2022- resolvió, en sustancial síntesis, que la cláusula contractual que establece el límite cuantitativo de la responsabilidad de la demandada no es abusiva en los términos del art. 37 de la ley 24.240 pues no libera o atenúa la responsabilidad del asegurador sino que, por el contrario, resulta arreglada a la propia mecánica del contrato de seguro de daños patrimoniales y no resulta contraria al principio indemnizatorio propio de ese negocio.

Congruente con lo anterior, el fallo admitió la demanda condenando a la aseguradora a pagar el capital asegurado, menos el saldo correspondiente a primas, esto es, por un total de \$ 117.004 con más intereses a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento, calculados desde la fecha de producción del siniestro hasta el efectivo pago.

Rechazó, en cambio, los restantes rubros reclamados por juzgar que la actitud de la aseguradora no fue antijurídica, y distribuyó las costas en el orden causado habida cuenta la existencia de vencimientos parciales y mutuos.

3º) Contra la reseñada decisión apelaron ambas partes.

El recurso de la demandada fue declarado desierto por no haber cumplido esa parte con la carga establecida por el art. 259 del Código Procesal (conf. providencia del 24/5/2022). Ello determinó, valga observar, la firmeza de la intimación que la sentencia de primera instancia formalizó -en atención al modo en que se distribuyeron las costas- contra dicha parte para el abono del 50% de la tasa de justicia (punto “d” de la parte dispositiva).

El actor, en cambio, mantuvo su apelación mediante la oportuna presentación de un escrito expresivo de sus agravios, cuyo traslado no recibió respuesta de la aseguradora.

Asimismo, se articularon recursos por los honorarios regulados, los que serán examinados al finalizar el acuerdo.

4º) Cuestiona el actor la sentencia de la instancia anterior por haber convalidado el límite cuantitativo del seguro que se pactó en la póliza respectiva.

Sobre el particular, aprecia indebidamente inaplicado el régimen de la ley 24.240 y normas concordantes, y tacha de arbitrario el decisorio por no haber tenido en cuenta la función social que cumple el seguro,

su carácter de contrato de buena fe y, particularmente, por no haber ponderado la notoria discrepancia que existe entre el valor de mercado del bien siniestrado y el capital asegurado.

En la misma línea sostiene que, aun en el supuesto de que no se califique como abusiva a la cláusula determinativa del capital asegurado, debe darse cabida a la reparación plena del daño sufrido, ya que de lo contrario se afecta la seguridad jurídica; y que la facultad de exigir el estricto cumplimiento del contrato no es absoluta, siendo pertinente "...reajustar el saldo de precio..."

5º) La cuestión planteada por los agravios obliga a una inicial aclaración terminológica con directa incidencia en el análisis jurídico del caso.

En efecto, en materia de seguros, corresponde distinguir las cláusulas delimitadoras, por una parte, y las cláusulas limitativas, por la otra.

Las estipulaciones delimitadoras del riesgo son las que tienen por objeto fijar el objeto del contrato estableciendo qué riesgos son objeto del seguro, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial. En cambio, las cláusulas limitativas se refieren a los derechos y, en la medida de su válida estipulación, permiten limitar, condicionar o modificar el derecho del asegurado cuando el riesgo objeto del seguro se hubiera producido (conf. Veiga Copo, A., Tratado del Contrato de Seguro, Civitas - Thomson Reuters, Pamplona, 2014, t. I, p. 476, n° 8).

6º) A la luz de la aclaración precedente, bien se aprecia que cuando se habla de la "cuantía" cubierta por el seguro fijada en la póliza por cláusula especial, de lo que se habla no es de una estipulación limitativa de responsabilidad (en el sentido del art. 37, inc. "a", de la ley 24.240, o bien del art. 1743, CCyC), sino más precisamente de una cláusula de delimitación del riesgo que se ha de considerar como un elemento esencial del contrato en tanto atinente a su objeto (conf. Sánchez Calero, F., Ley de Contrato de Seguro, Aranzadi - Thomson Reuters, Pamplona, 2010, ps. 630).

Y esta última calificación jurídica es, ciertamente, de trascendente importancia, pues en los dominios del contrato de seguro no constituyen cláusulas abusivas las que definen, por condición particular predispuesta, la materia u objeto contractual, pues ellas importan siempre una delimitación del riesgo; instituto este último ajeno, extraño y distinto a las cláusulas limitativas de responsabilidad, que sí pueden llegar a ser abusivas (conf. Stiglitz, R., Derecho de Seguros, Buenos Aires, 2016, t. II, p. 38, n° 484).

Con lo que va dicho, entonces, que lo atinente a la "cuantía" de la suma asegurada fijada en la correspondiente cláusula contractual, no es susceptible de un juicio de abusividad.

Tal la regla.

7º) Excepcionalmente y sin que este voto se pronuncie sobre su corrección o no, cabe obiter dictum recordar que un sector de la jurisprudencia ha visto un supuesto de cláusula abusiva -y, por tanto, inválida- la que limita cuantitativamente la obligación de la aseguradora en el seguro "obligatorio" automotor de responsabilidad civil frente a terceros. Al respecto, se sostiene que ello debe ser así por estar en juego una norma de orden público como es el art. 68 de la ley 24.449 y porque, en el ámbito del seguro por accidentes de tránsito, el aseguramiento ínfimo equivale a un "no seguro" afectándose el derecho del tercero damnificado (conf. CNCiv., Sala F, 2/12/2013, "Moliner, María Elena c/ Padin Alegre, Ramiro Ernesto y otros"; CNCiv., Sala F, 8/7/2014, "Salgado, Claudio José c/ Cristofori, Carlos Hugo y otros s/ daños y perjuicios"). Se afirma, en tal sentido, que la aseguradora predisponente comete una ilicitud al proponer y vender una mera fachada de seguro que no responden al derecho a una reparación plena del tercero damnificado, justificándose entonces que aquella responda sin limitaciones cuantitativas (conf. CNCiv., Sala L, 15/5/2015, "C., G. c/ R.T., V. y otro s/ daños y perjuicios), ya que, en última instancia, se está en presencia de una estipulación contractual afectada de nulidad absoluta (conf. CNCiv., Sala H, 12/8/2011, "Bustamante, Omar Rubén y otro c/ Ortega, Santiago Nicolás y otro s/ daños y perjuicios -acc. tran. c/ lesiones o muerte"; FechaCNCiv., de firma: 12/07/2022 Sala D, 11/4/2018, "V., C.M. c/ E., E.O. y otro s/ daños y perjuicios"), conclusión a la que se llega incluso si la cobertura excesivamente baja es el resultado del tiempo transcurrido desde la fecha del siniestro y del impacto inflacionario sobre el monto pactado (conf. CNCiv., Sala H, 29/3/2022, "C., G. E. y otro c/ R., S. A. y otros s/ daños y perjuicios"; con relación a esto último véase también: Compiani, M., Los efectos de la inflación en el contrato de seguro, RCyS2019-II, p. 3).

8º) Empero, más allá, se insiste, de la corrección o no del criterio judicial precedentemente reseñado (el cual, valga señalarlo, concierne a una temática totalmente diferente de la relacionada con la oponibilidad de franquicias al tercero damnificado en las pólizas de seguro de responsabilidad civil de empresas de transporte (CSJN, 16/6/2018, "Díaz, Graciela Luisa c/ Evangelista, Jorge Daniel Pascual y otros s/ daños y perjuicios", Fallos: 341:648; esta Sala D, "Lomsicar S.A. c/ Transporte Larrazabal CISA"), lo cierto, concreto y jurídicamente relevante es que el sub examine no involucra ningún supuesto de seguro de responsabi-

dad civil “obligatorio” como el indicado, sino un aseguramiento de daños de carácter “voluntario”, esto es, un tipo de seguro que lejos de concernir al perjuicio sufrido por un tercero ajeno a la contratación, se refiere al menoscabo patrimonial del propio tomador, esto es, a un seguro de daños patrimoniales con relación al cual la delimitación cuantitativa, o sea, la fijación de una cifra asegurada, se convierte en un “límite infranqueable” que, ciertamente, no niega el principio indemnizatorio (conf. Veiga Copo, A., ob. cit., t. I, ps. 520/521, n° 9.4).

En efecto, con relación al principio indemnizatorio que tipifica unitariamente a todo contrato de seguro (conf. Stiglitz, R., ob. cit., t. I, ps. 6/7, n° 5 y p. 26, n° 24), la función de la cifra pactada en el seguro de daños es la siguiente: si la suma pactada es más elevada que el importe del daño, el asegurador no está obligado a pagar más que la que representa la indemnización del daño efectivo; pero si la suma pactada no alcanza a cubrir los daños sufridos, el asegurador sólo responde hasta el límite que representa la suma pactada (conf. Garrigues, J., *Contrato de seguro terrestre*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1973, p. 172).

Esto último, preciso es observarlo, está de acuerdo con algo que es de la esencia del seguro de daños patrimoniales, a saber, la diferencia entre el “valor asegurado” y el “valor asegurable”.

El “valor asegurado”, que se concreta en la suma asegurada, es el valor que el tomador del seguro asigna a su interés y que puede no coincidir con el “valor asegurable” el cual, diversamente, se determina objetivamente por la índole de la relación jurídica que liga al interesado con la cosa que se asegura. Y tal “valor asegurado” expresado en la suma cuya percepción es la que quiere el tomador en caso de siniestro y que ha de estimarse una determinación unilateral suya, por representar el valor que él asignó a su interés en la conservación de la cosa expuesta al riesgo de pérdida o de deterioro, es el que sirve, justamente, para precisar el límite contractual a la futura prestación del asegurador, esto es, para fijar el importe máximo de tal prestación (conf. Garrigues, J., ob. cit., ps. 170/171; Sánchez Calero, F., ob. cit., ps. 626, 631 y ss.).

9º) En suma y de acuerdo a lo específicamente dispuesto por el art. 61 de la ley 17.418, la indemnización debida por la compañía de seguros podrá ser igual o menor que la suma asegurada pero nunca superior (conf. Halperín, I. y Morandi, J., *Seguros - Exposición de las leyes 17.418 y 20.091*, Buenos Aires, 1986, t. II, ps. 575/576, n° 51; Soler Aleu, A., *El nuevo contrato de seguro*, Buenos Aires, 1969, p. 176; Stiglitz, R., ob. cit., t. III, ps. 289/290, n° 1139 y ps. 304/306, n° 1150; Rouillón, A. y Alonso, D., *Código de Comercio comentado y anotado*, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 99; López Saave-

dra, D. y Facal, C. en la obra dirigida por Martorell, E., *Tratado de Derecho Comercial*, Buenos Aires, 2010, t. V [seguros], ps. 382/384, n° 115).

Por ello, si la póliza consigna claramente determinado monto a título de suma asegurada, ha dicho esta cámara reiteradamente que él actúa como un tope o límite indemnizatorio máximo hasta el cual se extiende la responsabilidad de la aseguradora (conf. CN-Com., Sala C, 28/5/1986, “Lagarreta S.R.L. c/ Cenit Cía. de Seguros S.A.”; *id.*, Sala C, 19/4/2005, “Grosso, Juan c/ HSBC La Buenos Aires Cía. de Seguros s/ ordinario”; CNCom., Sala D, 26/5/2020, “Maresca, Pablo Salvador c/ Federación Patronal Seguros S.A. y otro s/ ordinario”: *id.* Sala D, 20/12/2020, “Molina, Debora Cintia c/ Zurich Argentina Compañía de FechaSeguros de firma: 12/07/2022 S.A. s/ ordinario”).

10º) Así las cosas, la pretensión planteada por el actor consistente, primariamente, en dejar completamente de lado la delimitación cuantitativa pactada en el seguro que, cabe insistir, a él mismo cabe atribuir, no tiene cabida a la luz del derecho vigente.

Y para negar lo propio nada predica el principio de la reparación plena reconocido por el Código Unificado de 2015.

Es que el principio indemnizatorio que opera en la Ley de Seguros no apunta a la reparación integral sino en la medida de las condiciones, términos, exclusiones y límites de la póliza, esto es, “...conforme al contrato...” (conf. López Saavedra, D. y Facal, C., ob. cit., p. 383; Stiglitz, R., ob. cit., t. III, p. 291, n° 1139).

Por ello, la referencia del actor al costo de reposición de la cosa asegurada según el resultado del peritaje de tasación o su valoración actual de mercado, puede ser elemento de juicio a tener en cuenta en punto a la definición del daño efectivamente sufrido, pero no para exceder el máximo de la responsabilidad contractualmente asumida por la aseguradora.

Con afin perspectiva cabe también observar que la obligación de las aseguradoras de reparar un daño puede tener una naturaleza legal o contractual dado que su origen no es el daño sino las normas jurídicas que rigen la materia o el contrato de seguro. Y la distinta naturaleza de la obligación de la aseguradora vis a vis la del asegurado tiene como consecuencia central que su límite no será la medida del daño sufrido por la víctima, sino que -como principio- será o bien aquello exigido por la ley o aquello a lo que se comprometió (conf. CSJN, 6/6/2017, “Flores, Lorena Romina c/ Giménez, Marcelino Osvaldo y otro s/ daños y perjuicios”, voto del juez Rosenkrantz, considerando 5º; CSJN, 12/6/2018, “Díaz, Graciela Luisa c/ Evangelista, Jorge Daniel Pascual y otros s/ da-

ños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)”, voto del juez Rosenkrantz, considerando 4º; CNCom., Sala D, 26/5/2020, “Maresca, Pablo Salvador c/ Federación Patronal Seguros S.A. y otro s/ ordinario”: íd., Sala D, 20/12/2020, “Molina, Débora Cintia c/ Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A. s/ ordinario”).

11º) El ideal sería, por cierto, la completa ecuación entre el valor asegurable y el valor asegurado.

Pero la discordancia entre uno y otro es siempre posible, dado que la fijación de la suma asegurada queda al arbitrio del asegurado, y para superar cualquier distorsión habría que pactarse cláusulas de adecuación de dicha cifra al valor del interés durante la vigencia del contrato, estableciéndose en la póliza los criterios y el procedimiento para adaptarla a las oscilaciones del valor del interés.

Empero, de la lectura de la póliza nada surge en tal sentido.

Antes bien, según tal instrumento, se acordó que para el caso de robo o hurto total “...el asegurador indemnizará el valor de venta al público al contado en plaza al momento del siniestro de un vehículo de igual marca, modelo y características, haciéndose cargo además de los impuestos, tasas y contribuciones y gastos inherentes (...), todo ello hasta la suma asegurada que consta en el frente de la póliza...” (cláusula CG-RE 4.2). Es decir, se ratificó *expressis verbis* lo antes dicho en orden a que la obligación de la aseguradora de resarcir el robo o hurto total del rodado no habría de superar el límite de la cifra asegurada tal como ella numéricamente se consignó en la póliza.

12º) Además, no debe ser perdido de vista que -contrariamente a lo pretendido por la actora en su apelación, en cuanto establece una relación económica contractual entre la indemnización debida y el valor de reposición del rodado- la obligación del asegurador no es una deuda de valor sino de dinero, limitándose su débito a la entrega de la cantidad de unidades monetarias comprometidas en el contrato como capital asegurado, sin perjuicio, en caso de así corresponder, de los intereses respectivos (conf. CNCom., Sala A, 23/3/1990, “Pellegrini, Eduardo Alberto c/ Compañía de Seguros Unión Comerciantes S.A. s/ incumplimiento de contrato de seguro e indemnización por daños y perjuicios”, LL 1990-D, p. 397; CNCom., Sala D, 27/6/2017, “Yaggi Pablo Roberto c/ Federación Patronal Seguros S.A. s/ordinario”; íd., Sala D, 27/12/2018, “Branz, Eduardo y otro c/ Seguros Sura S.A. s/ ordinario”).

De ahí que sea improcedente otorgar al asegurado una indemnización mayor que la contratada en el seguro, toda vez que la prestación a cargo de la com-

pañía aseguradora debe circunscribirse, vale decirlo una vez más, a la “suma asegurada”, límite fijado libremente por las partes con apoyo en lo determinado por el art. 1197 del Código Civil o art. 958 del Código Civil y Comercial de la Fecha Nación de firma: 12/07/2022 (conf. CNCom., Sala D, 22/2/2008, “Palacio, Luis c/ Provincia Seguros S.A. s/ ord.”; íd., 17/4/2009, “Calandra, Gastón Carlos C/ HSBC La Buenos Aires S.A. s/ ordinario”; íd., 12/2/2014, “Ansaldo, Juan Domingo c/ Caja de Seguros S.A. s/ ordinario”; íd., 21/2/2017, “Martínez, Ricardo Eduardo c/ Provincia Seguros S.A. s/ ordinario”; íd., 27/6/2017, “Yaggi, Pablo Roberto c/ Federación Patronal Seguros S.A.”; íd., 3/7/2018, “Martínez Mosquera de Gramajo, Milagros y otro c/ La Segunda Cooperativa Ltda. de Seguros Generales s/ ordinario”; en el mismo sentido, Sala A, 20/7/1995, “Páez, Marta c/ El Comercio Cía. de Seguros a Prima Fija S.A. s/ cobro de pesos”).

13º) La expresión de agravios reclama “...reajustar el saldo de precio...”

Obviamente, la referencia al reajuste de un saldo de precio es equívoca pues la causa no se refiere a tal cosa.

Empero, una interpretación contextual de dicho escrito permite entender que lo pretendido por el actor es un reajuste del quantum asegurado y que ello, en sí mismo, es una pretensión subsidiaria a la primaria, ya desestimada, de dejar completamente de lado la delimitación cuantitativa pactada.

Pues bien, así entendido el reclamo, cabe observar que en la demanda no se solicitó ningún reajuste de la cifra asegurada sino derechamente la nulidad de la cláusula que la fijó para, de ese modo, desatender a tal cifra.

Ello bastaría, ciertamente, para rechazar la queja con base en el principio de congruencia procesal (arts. 34 inc. 4º, 163 inc. 6º, 164 y 271 del Código Procesal). Es que la demanda y su contestación son las que concretan la esfera en que ha de moverse la sentencia (arts. 34, inc. 4º, y 163, inc. 6º, del Código Procesal; esta Sala D, 22/9/2010, “Pérez, Héctor Pedro y otro c/ Scharer S.A.I.C. y otros s/ ordinario”; íd., 6/4/2017, “Havanatur S.A. c/ Guama S.A. y otros s/ ordinario”; CNFed., en pleno, 12/5/78, “Insignia Cía. de Seg. S.A. c/ Martín, Manuel y otros”, considerando 5 y sus citas, JA 1978-III, p. 271), limitación que tiene carácter constitucional y que está orientada a proteger los derechos y no a perjudicarlos (CSJN, 25/2/1992, “Ferreira, Andrea B. c/ Ulloa, Carlos D.”; íd., 13/10/1994, “Concencioca, Juan M. y otros c/ Municipalidad de Buenos Aires”).

Empero, haré abstracción de lo anterior (esto es, que el indicado reajuste no fue pedido en la demanda) con el objeto de dar una más amplia respuesta jurisdiccional. Veamos.

(a) La expresión “reajuste” remite naturalmente a la corrección de los efectos que la depreciación monetaria pudieron acaso provocar en la consistencia económica de la suma asegurada.

Al respecto, con anterioridad a la sanción de la ley 23.928, la solución dada por esta alzada mercantil a tal problema fue admitir la procedencia de la repotenciación del capital asegurado desde la fecha del siniestro (conf. CNCom., en pleno, 5/9/1994, “Miranda, José c/ Cía. de Seguros Unión Comerciantes s/ ordinario”, ED 160-29 y JA 1994-IV-342; en la misma línea, véase: CNCiv., en pleno, 26/12/1978, “Agüero, Ramón Ignacio (h) c/ Caso, Juan José y otro”, LL 1979-A, p. 327).

(b) Sin embargo, tal criterio encuentra actualmente óbice en lo previsto por el art. 7° de la ley 23.928, que establece una prohibición referente a actualizaciones monetarias, indexaciones de precios, variaciones de costos o repotenciación de deudas, que ha sido mantenida por el art. 4° de la ley 25.561 que modificó el texto de aquél (conf. CNCom., Sala D, 3/4/2008, “Arc & Ciel S.A. c/ Sky Argentina S.C.A. y otro s/ cobro de pesos”; *id.*, Sala D, 3/5/2022, “Hormigón Rápido S.A. c/ Boston Cía. de Seguros S.A. s/ ordinario”).

Es de observar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ratificado la constitucionalidad de las normas que determinan la prohibición de “indexación” de las obligaciones dinerarias. Lo ha hecho en conocidos precedentes (CSJN, “Chiara Diaz”, Fallos 329:385; CSJN, 20/4/2010, “Massolo, Alberto José c/ Transporte del Tejar S.A.”, Fallos 333:446) y ha incluso dejado sin efecto la declaración de inconstitucionalidad -pronunciada por un tribunal de segunda instancia- del art. 4 de la ley 25.561 señalando, con remisión al dictamen de la Procuración General, que tal grave decisión no se justifica cuando –como justamente ocurre en la especie- se ha aplicado a las sumas adeudadas un interés equivalente al promedio mensual de la tasa activa aplicada por el Banco de la Nación Argentina para operaciones corrientes de descuento de documentos comerciales. Al respecto, la Corte destacó que aun cuando el derecho de propiedad pudo tener en la actualización por depreciación monetaria una defensa eficaz de los derechos patrimoniales en determinados periodos, su perduración sine die no solo postergaría disposiciones constitucionales expresas como las del Fechaart. de firma: 75, 12/07/2022 inc. 11, sino que causaría un daño profundo en la esfera de los derechos patrimoniales todos, al alimentar esa grave patología que tanto los afecta: la inflación. Precisó que ello se conjuga con el princi-

pio según el cual la decisión de invalidar una norma comporta la última ratio del orden jurídico, a la que sólo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía; y que no resulta un fundamento válido para apartarse de la norma la mera referencia a la variación del índice de precios o al cambio de las condiciones económico-financieras, por tratarse de expresiones demasiado genéricas que carecen de entidad suficiente para conferir debido sustento a la tacha que se le endilga (conf. CSJN, 8/11/2016, “Puente Olivera, Mariano c/ Tizado Patagonia Bienes Raíces del Sur SRL s/ despido”, Fallos 339:1583).

Por cierto, tratándose de precedentes del Alto Tribunal en materia de índole federal, no cabe otra cosa que su leal acatamiento (esta Sala D, 9/5/2011, “Bollini Shaw, Carlos c/ Fábrega, Francisco Raúl y otros s/ ordinario”; en igual sentido, véase esta Sala, 1/9/2010, “Bruno, Walter Ariel c/ Ford Credit Compañía Financiera S.A. y otro s/ daños y perjuicios”).

(c) En el marco de lo expresado, cualquier recomposición monetaria debe entenderse aprehendida en el pago de la tasa de interés “activa” que se aplicó en la sentencia de grado.

Es que el interés bancario de plaza, no sólo contempla una compensación por la privación del uso del dinero, sino además una porción que atiende la depreciación del signo monetario (conf. CNCom., Sala D, 13/10/2020, “Barrera, Jorge Alberto c/ Agrosalta Cooperativa de Seguros Ltda.”, voto del juez Garibotto; CNCom., Sala E, 28/9/2018, “Timberl, Jesús Dante c/ Caja de Seguros S.A. c/ ordinario”).

(d) Con lo que va dicho, en fin, que el “reajuste” solicitado en la expresión de agravios tampoco tendría cabida aun de haber sido reclamado oportunamente.

14º) Lo expuesto y concluido hasta aquí no se ve alterado por las genéricas invocaciones que el apelante hace del régimen tuitivo del consumidor, la buena fe contractual y la importancia social del seguro.

Es que, en situaciones como la de autos, ninguno de tales elementos de juicio permite apartarse de lo especialmente convenido y de las reglas legales aplicables.

15º) Por lo expuesto, propongo al acuerdo confirmar la sentencia de primera instancia en lo que fue materia de apelación, con costas de alzada por su orden habida cuenta el silencio observado por la aseguradora demandada frente al traslado ordenado el 26/4/2022.

Así voto.

Los doctores *Vassallo* y *Garibotto*, adhieren al voto que antecede.

16°) Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

(a) Confirmar la sentencia de primera instancia en lo que fue materia de apelación.

(b) Distribuir las costas de alzada en el orden causado.

(c) Resolver sobre los honorarios profesionales como sigue.

Existen apelaciones por altos y/o por bajos en todos los casos.

En vista a las regulaciones que deben ser revisadas y las que cabe practicar, cabe tener presente el monto por el que prospera la demandada, incrementado con sus intereses (ley 27.423, art. 22, primer párrafo).

En cuanto a los honorarios determinados en favor del doctor Juan Oviedo Gettar, por su actuación como letrado patrocinante del actor en las dos primeras etapas del juicio, nada corresponde decidir pues no han sido apelados por “bajos” por dicho profesional y la apelación por “altos” efectuada por la aseguradora demandada carece de interés para esta última pues no ha sido condenada en costas a su pago, esto es, no hay un agravio personal (conf. Palacio, L., Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1986, t. V, p. 85).

Lo mismo ocurre con relación a la apelación por “altos” que el actor articuló respecto de los emolumentos regulados en favor de la representación letrada de su adversaria, o sea, la distribución de las costas en el orden causado implica que lo decidido sobre tales honorarios no le causa agravio.

En cambio, sí procede examinar la apelación por “bajos” postulada por el doctor Alberto Armando Alvarellos, letrado y apoderado de la demandada en las Fechatres de firma: etapas 12/07/2022 del proceso. Al respecto, se eleva la retribución correspondiente al citado profesional a la suma de \$ 92.090 (equivalente a 10.23 UMAs) (arts. 15,16, 19, 21, 22, 26, 29 y 51 de la ley 27.423).

Asimismo, teniendo en cuenta la calidad y extensión de la tarea cumplida, así como el principio de adecuada proporcionalidad de la retribución con relación a la de los otros profesionales, se fija el honorario del perito tasador Pedro Walter Aromando, en la cantidad de \$ 23.753 (equivalente a 2,63 UMAs).

Para retribuir las tareas de alzada, de conformidad con lo previsto por el art. 30 de la ley 27.423, se regula el honorario del letrado patrocinante del actor, doctor Juan Ovidio Gettar, en la suma de \$ 19.733 (equivalente a 2,19 UMAs).

Se deja constancia que se ha tenido en cuenta el valor del UMA establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su Acordada n° 12/2022 (\$ 9001).

Por último, se eleva el emolumento de la mediadora Marisa Lodeiro a la suma de \$ 14.400 (equivalente a 12 UHOM) (art. 28 del decreto 1467/2011 y art. 1, inc. d), anexo III, modificado por decreto 2536/2015).

Notifíquese electrónicamente.

Cumplase con la comunicación ordenada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas CSJN n° 15/2013 y 24/2013) y, vencido el plazo establecido por el cpr 257, devuélvase la causa en su soporte físico y digital -a través del Sistema de Gestión Judicial y mediante pase electrónico- al Juzgado de origen. Agréguese copia certificada de lo resuelto. — *Pablo D. Heredia*. — *Gerardo G. Vassallo*. — *Juan R. Garibotto*.

MALA PRAXIS MÉDICA

Fallecimiento de paciente por ingesta de medicamento. Falta de evaluación del impacto negativo del fármaco. Falta de información sobre las consecuencias del tratamiento.

1. — Lo que define la responsabilidad del equipo médico es que, por un lado, no cumplió con la totalidad de recaudos necesarios para evaluar el posible impacto negativo que el medicamento podía tener en la paciente —lo que, desafortunadamente, luego ocurrió—. Por otra parte, tampoco se encuentra acreditado que se haya instruido a la damnificada y a su grupo familiar de las potenciales consecuencias sumamente gravosas que podía presentar su utilización —incluida el deceso—. Es decir, que la elección del fármaco como método de tratamiento, ante el fracaso de los anteriores, no importa de por sí una conducta médica reprochable; lo cuestionable es que no se cumplieron todas las medidas y estudios previos pertinentes para evaluar su posible repercusión en la paciente, conforme afirmó el perito médico.
2. — El obrar de los profesionales médicos tratantes de la paciente fue negligente en tanto se le

prescribió una medicación sin verificar de forma cabal sus potenciales consecuencias en la paciente y sin anoticiarla a aquella y a su grupo familiar de las implicancias del tratamiento, incluso de su posible desenlace fatal.

3. — En cuanto a la falta de información de las posibles consecuencias del tratamiento que se le aplicó a la paciente, corresponde destacar que no emerge de autos la existencia de un consentimiento informado. Tampoco surge que se hayan adoptado los procedimientos clínicos que aconsejaba el prospecto de la droga, entre los cuales, como señala el perito, se sugiere la entrega de una tarjeta de alerta al paciente a modo de información clara y precisa sobre las posibles contraindicaciones y advertencias sanitarias durante el tratamiento.
4. — Si se admitiera que el consentimiento informado existió de modo verbal, ello debió haberse registrado por escrito en la historia clínica de la paciente, lo que no surge de la documental médica examinada.
5. — Se aprecia acreditado que el daño a la salud de la paciente y su posterior fallecimiento se produjo a causa de los efectos adversos de la ingesta de un medicamento, lo que provocó sucesivas internaciones. Sin embargo, ello no implica, *per se*, la responsabilidad de los involucrados, ya que, conforme refirió el perito médico, una de las contraindicaciones del fármaco es, precisamente, el deceso y por ello sólo debe ser utilizado en casos extremos y ante el fracaso de los tratamientos previos.
6. — El establecimiento médico contrae una obligación tácita de seguridad, ínsita en el principio genérico de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, conforme los arts. 1198, párrafo primero del Cód. Civil y 5° de la Ley de Defensa del Consumidor, en virtud de la cual el paciente no debe sufrir daño alguno con motivo de la asistencia médica requerida.
7. — La responsabilidad puede recaer sobre un sistema de atención médica y no únicamente sobre personas físicas individualizadas o identificables, por ello, no es imprescindible como condición para atribuir responsabilidad al nosocomio, identificar individuos culpables para sólo en ese caso derivar en responsabilidades institucionales.

CNCiv., sala K, 16/08/2022. - E., M. A. y otros c. H. de C. J. de S. M. y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/105431/2022]

COSTAS

Se imponen a la demandada.

Expediente N° 26.536/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 16 de 2022.

La doctora *Verón* dijo:

I. Vienen los autos a este Tribunal con motivo del recurso de apelación impetrado por la coaccionada “Universidad de Buenos Aires” (17 de junio de 2021) contra la sentencia de primera instancia (14 de junio de 2021). Oportunamente, lo fundó (29 de marzo de 2022), pieza que recibió réplica de la parte actora (8 de abril de 2022).

Luego, se llamó autos para sentencia (29 de abril de 2022).

II. Los antecedentes del caso

Los señores M. A. E., M. H. y S. A. H., por su propio derecho, invocando la condición de padres y hermano, respectivamente, de la señora N. L. H., promovieron la presente acción contra la “Universidad de Buenos Aires” (“Hospital de Clínicas José de San Martín”) y los señores G. A. M. y J. P. V., por los daños y perjuicios que alegaron haber sufrido por el fallecimiento de la señora N. L. H. a causa de la praxis médica de los precitados (fs. 35/64 vta. y 99).

Corrido el traslado, el señor G. A. M. contestó el escrito postulatorio y solicitó el rechazo de la acción con costas (fs. 151/166 vta.).

A su turno, la “Universidad de Buenos Aires” se presentó, replicó la demanda y requirió se desestimara la pretensión de los accionantes, con costas (fs. 807/814).

Ulteriormente, se declaró la rebeldía del coaccionado J. P. V. (fs. 822).

Sustanciada la causa, se dictó el pronunciamiento sobre el mérito (14 de junio de 2021).

III. La sentencia

El señor Magistrado de primera instancia rechazó la demanda interpuesta contra los codemandados G. A. M. y J. P. V. e impuso las costas por su orden.

A su vez, admitió la acción promovida contra la “Universidad de Buenos Aires” y condenó a esta última a abonarle a la señora M. A. E. la suma de \$2.602.114,99; al señor M. H. la cantidad de \$2.602.114,99; y al señor SA H. la de \$117.114,99, con más sus intereses y costas.

Dispuso que los intereses se calculen respecto de las partidas daño moral, psicológico y material a una tasa del 8% anual desde la fecha de fallecimiento de la señora N. L. H. —7 de noviembre de 2013— hasta la fecha del dictado de la sentencia de grado y, desde esta última hasta su efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Con relación al rubro daño psicológico del señor S. A. H., ordenó se aplique la tasa activa desde la fecha del informe pericial —28 de febrero de 2020— hasta el efectivo pago. Finalmente, dispuso que, en el caso del reintegro de gastos, los intereses devenguen a tasa activa desde la fecha del recibo de pago correspondiente —informe técnico y gastos de mediación— hasta su efectivo pago.

Por último, reguló los honorarios de los profesionales intervinientes (14 de junio de 2021).

IV. Los agravios

La “Universidad de Buenos Aires” se agravia de lo resuelto por el anterior sentenciante y peticiona se revoque el fallo, con costas (29 de marzo de 2022).

Se queja de que se le atribuya responsabilidad por el fallecimiento de la señora H. como consecuencia de la ingesta del medicamento “Adalimumab”, que se le aplicó a la causante en el Hospital de Clínicas.

Argumenta que el *a quo* valoró incorrectamente las defensas esgrimidas por los demandados, la pericia médica obrante en estas actuaciones y la historia clínica, con relación a la enfermedad de Behcet que sufría la paciente.

Razona que la patología evolucionó desfavorablemente porque fracasaron los tratamientos aplicados desde el primer síntoma.

Embate los testimonios de autos que aseveran que la señora H. llevaba una vida normal y sostiene que no se condicen con la gravedad del cuadro clínico diagnosticado y lo dictaminado en el informe pericial.

Refuta que se debiera haber indicado la realización de una autopsia ya que el fallecimiento no fue violento o sospechoso de criminalidad.

Considera acreditado que la medicación prescrita se correspondía con la enfermedad de base que padecía la causante y que la decisión de su administración fue resuelta por la opinión experta de la Cátedra de Medicina Interna de esa casa de estudios. Indica que se realizaron los estudios clínicos previos en el M. de una internación especialmente aconsejada al efecto.

Crítica que se haya afirmado que la causante no tuvo la posibilidad de elegir, de modo libre y consciente, el riesgo que asumía con el fármaco aplicado. Señala que no hubo falta de información acerca de sus posibles consecuencias sino que, por el contrario, se le indicó a la señora H. y a su familia la información necesaria para tramitar su compra. Refiere que el grupo familiar estuvo presente cuando se prescribió su aplicación e incluso que se le hizo entrega de una copia de la historia clínica para tramitar la adquisición de la medicación ante el Ministerio de Salud.

A su vez, disiente en cuanto a las sumas concedidas a los padres de la causante en concepto de daño moral y solicita su disminución.

Reprocha la procedencia de la partida daño material y pretende su rechazo. Considera que la evolución negativa de la enfermedad sufrida por la difunta le imposibilitaba asistir económicamente a sus padres.

Asimismo, rebate la procedencia del daño psicológico del señor S. A. H. Finalmente, hace reserva de caso federal.

V. Ley aplicable

Al igual que lo decidido en primera instancia y que no fue debatido por las partes, la presente acción, en cuanto al mérito de lo planteado, se analizará desde la perspectiva del Cód. Civil anterior, por ser la ley vigente al momento del hecho (arts. 3, Cód. Civil; 7, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Empero, aun cuando el alegado evento dañoso se consumó durante la vigencia de la norma referida, no así las consecuencias que de él derivan. Por ello, se impone diferenciar la existencia del daño de su cuantificación. Como reseña Aída Kemelmajer de Carlucci, la segunda de estas operaciones debe realizarse acorde a la ley vigente al momento en que la sentencia fija su extensión o medida (autora citada, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, segunda parte, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, p. 234).

VI. M. jurídico de la responsabilidad de los Hospitales

Se ha expuesto que el establecimiento asistencial asume frente al paciente una responsabilidad de naturaleza contractual directa, como consecuencia del contrato celebrado entre la clínica (estipulante) y el médico (promitente) a favor del enfermo (beneficiario; art. 504 Cód. Civil, estipulación a favor de tercero; Bueres, “Responsabilidad civil de los médicos”, 3ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 375/376), cuya obligación principal surge del contrato de prestación de servicios médicos y consiste en suministrar la debida atención a través de las personas idóneas y los medios materiales suficientes y adecuados al efecto.

Contrae —además— una obligación tácita de seguridad, ínsita en el principio genérico de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, conforme los artículos 1198, párrafo primero del Cód. Civil y 5 de la ley de Defensa del Consumidor, de carácter accesorio a la anterior y en virtud de la cual el paciente no debe sufrir daño alguno con motivo de la asistencia médica requerida.

Asimismo, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires *in re* “Brito de Lescano c. Sjolita, Carlos y otros” (JA 1992-I, p. 315) señaló que “Como los establecimientos asistenciales se valen de la actividad ajena de los médicos para el cumplimiento integral de su obligación, habrán de responder por la culpa en que incurran sus sustitutos, auxiliares o participantes en razón de la irrelevancia jurídica de tal sustitución, ya que al acreedor no le interesa que el cumplimiento sea efectivizado por el propio deudor o por un tercero del cual éste se valga para sus fines y de la equivalencia de comportamientos del obligado y de sus sustitutos que determina que el hecho de cualquiera de ellos se considere como si proviniese del propio deudor”.

Así, cada individuo que requiere asistencia médica pone en acción todo el sistema, razón por la cual un acto fallido en cualquiera de sus partes en la medida que puede incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso o doloroso, compromete la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección de ese sistema y su contralor (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, esta Sala, 21/01/1996, “Giménez, de Rueda, Adela M. c. Asociación Civil del Hospital Alemán y otro”, LA LEY, 1999-B, 817 (41.395-S), JA, 1997-III-455 - DJ, 1999-2-877, SJ. 1741; Garay, Oscar Ernesto, “Manual de Jurisprudencia. Responsabilidad del médico, del establecimiento asistencial y de las obras sociales”, 1ª ed., LA LEY, Buenos Aires, 2005, p. 232; Trigo Re-

presas, Félix, “Reparación de daños por mala praxis médica”, 2ª ed., Ed. Hammurabi, 2008, p. 343).

A su vez, la responsabilidad puede recaer sobre un sistema de atención médica y no únicamente sobre personas físicas individualizadas o identificables, por ello, no es imprescindible como condición para atribuir responsabilidad al nosocomio, identificar individuos culpables para sólo en ese caso derivar en responsabilidades institucionales. Como afirma Kemelmajer de Carlucci, los centros asistenciales responden siempre, no pudiendo liberarse probando que eligieron o vigilaron correctamente a sus médicos (aut. cit., “Daños causados por los dependientes”, Ed. Astrea, 1ª ed., 1992, p. 98 y ss.).

En el caso de no individualización del o de los causantes de un daño, dentro del anonimato del ejercicio de la medicina y del que se deriva un daño al paciente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que “el adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple sólo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, pues es imprescindible además que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente; ello, en tanto cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto cualquiera de sus partes, sea en lo que hace a la faz de la prestación médica en sí, como a la faz sanitaria, sea en el control de una y la otra, en la medida que pueda incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, necesariamente compromete de la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección y control del sistema” (CSJN, sent. del 06/07/1999, “Schauman de Scaiola c. Pcia. de Santa Cruz, RCyS, 2000-477).

VII. Responsabilidad. Análisis de los hechos

1. No se debate en autos que la señora N. L. H. sufría la enfermedad de Behcet y era atendida, desde su mayoría de edad, en el “Hospital de Clínicas José de San Martín”, perteneciente a la coaccionada “Universidad de Buenos Aires”. Asimismo, las partes coinciden en que, luego del suministro de diversos medicamentos, atento su mala evolución, se le prescribió el 24 de mayo de 2013 el inicio del tratamiento con el fármaco “Adalimumab”, cuya primera dosis se aplicó el 3 de septiembre de 2013. Posteriormente, la paciente padeció un agravamiento del cuadro de disfagia (dificultad de deglución) y disnea que motivó su internación el 5 de ese mes y recibió el alta veinte días más tarde. El 28 de septiembre regresó nuevamente al hospital a raíz de un sangrado masivo de la faringe posterior y shock hipovolémico. Al día siguiente, sufrió un paro cardiorespiratorio, por

lo que permaneció en coma farmacológico inducido hasta el 7 de noviembre de 2013, fecha en la que falleció.

La apelante cuestiona la responsabilidad atribuida a su parte por el deceso de la señora H.

2. De la prueba producida en autos emerge el dictamen del perito médico legista designado de oficio, doctor Federico J. López Codesal, quien ilustró que "...la enfermedad de Behcet es una patología caracterizada por una Vasculitis multisistémica recidivante crónica con inflamaciones mucosas múltiples, que pueden afectar distintos sistemas orgánicos (...) es de etiología desconocida, pero se cree que es de mecanismo autoinmunitario (...) la lesión más común son las úlceras bucales (...) casi siempre comienza con este cuadro y evoluciona posteriormente según donde se instalan las vasculitis (...) en consecuencia, la evolución de la enfermedad es variable según el grado de incidencia y del sistema que afecte, lo que genera que pueda ser menos o más grave e incluso provocar la muerte según el órgano o sistema afectado". Explicó que "...el tratamiento de esta enfermedad es siempre sintomático y se utilizan drogas antineoplásicas, corticoesteroides, inmunodepresores y anticuerpos monoclonales recombinantes expresados en células de ovario contra el factor de necrosis tumoral (TNF), como el Adalimumab, que se une al TNF y neutraliza su función biológica" (las mayúsculas corresponden al original; fs. 971/981 y digitales 1076/1079 y 1088/1090, esp. fs. 973/974).

El experto examinó la historia clínica secuestrada en el incidente sobre diligencias preliminares (N° 67.550/2014) y se expidió sobre el tratamiento que recibió la señora H. Afirmó que "...la epicrisis que consta a fojas 315 de la H.C. N° ... correspondiente a la paciente H. N. del Hospital de Clínicas, confirma que la actora padece de enfermedad de Behcet, que fue diagnosticada a los 13 años". Manifestó que fue asistida en los consultorios externos del nosocomio demandado y en particular por el doctor M. "...quien indicó su internación en la sala de la V Cátedra de Medicina Interna, a la que ingresó el 20 de mayo de 2013 y egresó de dicho servicio el día 24 de mayo de 2013". Añadió que "...en esta epicrisis de dicha internación consta que en recorrido de sala se decide comenzar con tratamiento con anticuerpos monoclonales (Adalimumab) y se inician los trámites correspondientes en el Ministerio de Salud para posibilitar dicha indicación" (fs. 971/981 y digitales 1076/1079 y 1088/1090, esp. fs. digitales 1076/1079).

El doctor Codesal pormenorizó que la internación aludida sirvió a los efectos de evaluar el estado clínico general de la señora H. y estimar la posi-

bilidad de utilizar el fármaco Adalimumab, ante las complicaciones y las limitaciones de los tratamientos realizados previamente. Apuntó que su prescripción se decidió en recorrida de sala, lo que, a juicio del experto, significó que la jefatura del Servicio V de la Clínica Médica del nosocomio asumió la responsabilidad de la decisión de su médico de cabecera, doctor M., quien indicó la internación, y del doctor V. por su aplicación (fs. 971/981 y digitales 1076/1079 y 1088/1090, esp. fs. digitales 1076/1079).

El profesional desarrolló que la causante "...estuvo medicada con corticoides, antineoplásicos, antibióticos, inmunodepresores, Adalimumab, etc., desde el inicio de su enfermedad hasta su deceso, según el momento de evolución de su patología, con más prioridad o respuesta de cada una de las drogas mencionadas en distintos momentos de su enfermedad. Finalmente, se recurrió al Adalimumab, dado la evolución de la enfermedad (...) iniciando la primera dosis el 03/09/2013. Posterior a recibir la medicación comenzó con empeoramiento de la disfagia, asociándose, después Disnea, por lo que consultó a la Guardia del Hospital de Clínicas de CABA". Informó que se la internó el 5 de septiembre de 2013 y externó el 25 de ese mes. Especificó que "...habría comenzado 48 horas antes de esta internación con dificultad para deglución de sólidos y posteriormente también de líquidos. Se le detectó la presencia de Candidiasis Orofaringea, Leucocitosis e Infiltrado Pulmonar en Vidrio Esmerilado en la base del pulmón izquierdo que se interpretó como posible Aspergilosis Pulmonar, Perforación del tabique nasal". Aclaró que "...con buena evolución se le otorgó el Alta hospitalaria en pase de sala y posterior control por consultorios externos de reumatología, infectología, clínica médica, con diagnóstico de candidiasis orofaríngea" (las mayúsculas corresponden al original, fs. 971/981 y digitales 1076/1079 y 1088/1090, esp. fs. digitales 1076/1079).

Refirió que el 29 de septiembre de 2013 la señora H. fue internada por tercera vez con síndrome séptico de probable foco respiratorio seguido de paro cardio respiratorio con encefalopatía hipóxica, shock y tuberculosis pulmonar. Apuntó que "...a fs. 81 de la HC de la paciente consta que el profesional de Guardia del hospital realizó interconsulta telefónica con el médico de cabecera de la paciente Dr. M. para evaluar conductas a seguir y que se conversó con la familia de la paciente respecto del pronóstico de la misma". Puntualizó que "...pasó a UTI por las secuelas del paro cardiorespiratorio y posteriormente falleció" (fs. 971/981 y digitales 1076/1079 y 1088/1090, esp. fs. digitales 1076/1079).

En cuanto al fármaco, el galeno sostuvo que es un anticuerpo monoclonal humano recombinan-

te. Advirtió que "...se trata de una droga potencialmente capaz de provocar muchas reacciones adversas como describe el vademécum (...) algunas menos frecuentes y otras más, algunas menos graves y otras muy graves que pueden llevar al deceso". Especificó que "...se encuentra indicada para la enfermedad de Behcet, pero principalmente en estadios avanzados de la misma (...) por sus posibles reacciones adversas, algunas muy graves y que pueden llevar al paciente a la muerte, estaría indicado solo en pacientes en los que se utilizaron los otros fármacos mencionados y no dieron los resultados esperables o presentaron complicaciones no esperadas, o en casos graves que comprometen la vida" (fs. 971/981 y digitales 1076/1079 y 1088/1090, esp. fs. 975/976).

Consultado sobre la suficiencia de los estudios médicos preliminares, el idóneo aseveró que "...la paciente estaba muy estudiada, quizás faltaron algunos estudios como propone la bibliografía, pero dudo que esa fuera la causa de las interacciones graves que surgieron y del deceso de la paciente". Adujo que surgía de la historia clínica que la droga fue utilizada para evitar la mala evolución de la enfermedad por lo que ello motivó la reunión de los profesionales en servicio dado los riesgos de utilizarla. En cuanto a esos peligros, pormenorizó que "...cuando actúa es eficiente, pero si genera interacciones pueden ser graves y también mortales" (fs. 971/981 y digitales 1076/1079 y 1088/1090, esp. fs. 976/977).

El profesional alertó sobre la inexistencia del consentimiento informado en la historia clínica. Manifestó que no encontró "...testimonio documental que confirme la determinación y voluntad de la Sra. H. sobre su cuerpo y salud conociendo los efectos adversos y contraindicaciones del Adalimumab de aceptar ser tratada con dicha droga". Expresó que "...la paciente contaba con un historial minucioso antes de la aplicación del Adalimumab, e incluso consta en la historia que se hizo una reunión de los profesionales del servicio para decidir si se le indicaba o no esa droga, pero no me consta de la lectura de la documentación que se le haya solicitado la radiografía de tórax ni la prueba de la tuberculina". Además, destacó que "...de la lectura de la historia clínica de la Sra. H. no surge que se le instruyera mediante la Tarjeta de Alerta mencionada sobre los riesgos y pautas de alarma y control ante eventualidades que se presentaran con la utilización del mencionado fármaco" (fs. 971/981 y digitales 1076/1079 y 1088/1090, esp. fs. 977 y 980).

El perito consideró que existían posibilidades de que el sangrado de la pared posterior de la faringe y la hemoptisis que sufrió la señora H. con posterioridad a la aplicación de la medicación fueran secundarios al tratamiento de su enfermedad. Adujo que

"...la evolución posterior al tratamiento con el Adalimumab, del shock séptico posterior, fue totalmente negativa y agravándose, hasta llegar al coma y posterior fallecimiento". Sostuvo que la paciente falleció a consecuencia de un efecto adverso del referido fármaco, como la reactivación de la patología y las reacciones que provocó su aplicación (fs. 971/981 y digitales 1076/1079 y 1088/1090, esp. fs. 978/979).

Finalmente, a modo de conclusión, el profesional remarcó que "...luego del análisis exhaustivo y profundo que he hecho de la documentación médica legal referida a la enfermedad de Behcet, al tratamiento con el fármaco Adalimumab, a la Historia clínica de la paciente, a la bibliografía normativa de la utilización del fármaco en cuestión con respecto a esta patología, considero que la droga de referencia es un fármaco cuyo uso puede ser muy riesgoso y también mortal, que su indicación parece ser adecuada por el fracaso de los demás fármacos, (...) que la droga puede llegar a revertir favorablemente la evolución de muchas enfermedades de mecanismo autoinmune (...) pero que la indicación terapéutica de la droga requiere un profundo y minucioso análisis del estado clínico del paciente, una metodología estricta en cuanto a la evolución del mismo con exámenes complementarios que descarten patologías infecciosas activas o latentes en el paciente, que considero que la paciente en cuestión estaba muy evaluada pero no encontré en la historia clínica documentado que se hubiese descartado dichas infecciones y/o insuficiencia cardíaca y/u otras causas que en este caso fueron determinantes para producir la mala evolución y posterior deceso de la paciente". Señaló que "...no me consta, aunque pueda estar equivocado por lo extenso de la documental médica legal considerada que se cumplimentó con la normativa legal del consentimiento informado que acredite que se informó previamente a la paciente de los riesgos que corría al aceptar la indicación de Adalimumab en cuestión". Sintetizó que "...la ausencia del Obligatorio consentimiento informado firmado por la paciente y/o familiar deja pendiente de si fue la misma notificada de su estado de salud y/o enfermedad y por sobre todas las cosas de las contraindicaciones y complicación de la utilización de Adalimumab, entre ellos el fallecimiento" (fs. 971/981 y digitales 1076/1079 y 1088/1090, esp. fs. digitales 1076/1079).

El coemplazado G. A. M. refutó el dictamen, frente a lo cual el idóneo ratificó sus conclusiones. Remitió a las constancias obrantes en la historia clínica, de las cuales surge que el doctor M. era el médico reumatólogo a cargo de la afección de la paciente, como así también que fue aquél quien decidió llevar a cabo el tratamiento con el fármaco referido. Asimismo, alegó que, a su criterio, aquella indica-

ción se vinculó con una atención y responsabilidad multidisciplinaria del equipo de profesionales, lo que se infiere a partir de la ausencia del consentimiento informado en las constancias médicas de la causa (fs. 1081/1086; 971/981 y digitales 1076/1079 y 1088/1090, esp. fs. digitales 1088/1090).

En concordancia con lo expuesto por el experto, de las copias de la historia clínica obrante en estas actuaciones surge el informe de epicrisis emitido por la "V Cátedra de Medicina Interna del Hospital de Clínicas" de fecha 20 de mayo de 2013. La paciente ingresó a causa de un cuadro de odinofagia y disfagia (dificultad de deglución), por lo que permaneció internada hasta el 24 de ese mes. Consultó por un cuadro de úlceras dolorosas en la cavidad oral de 1 mes de evolución. Por ese motivo, dado la existencia de una probable progresión de la patología, se decidió "...en recorrida de sala comenzar tratamiento con anticuerpos monoclonales (Adalimumab), se inician trámites correspondientes por Ministerio de Salud" (fs. 181/792, esp. fs. 515; arts. 386, 396, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Posteriormente, obra un segundo informe de epicrisis que certifica la internación de la señora H. con fecha 5 de septiembre de 2013. Allí, se constata la atención clínica a la paciente por el servicio de guardia del mencionado nosocomio a causa de disfagia, 48 horas previas a la consulta con dificultad para la deglución de sólidos y posteriormente de líquidos, como así también dificultades para respirar. Se precisa que permaneció internada hasta el 25 de septiembre de ese año. Cumplió 20 días de tratamiento antibiótico, destacándose entre sus síntomas la perforación del tabique nasal y la presencia de úlcera con filbrina de paladar blando y región faríngea. Además, se advierte en la hoja de guardia que se registró como antecedente clínico que 48 horas antes a su ingreso la paciente había iniciado el tratamiento con Adalimumab y que "...posterior a recibir la medicación comenzó con empeoramiento de disfagia, asociado a 24 hs. después disnea" (fs. 181/792, esp. fs. 374, 570, 578 y vta.; arts. 386, 396, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por último, se aprecia acreditada la tercera internación que tuvo lugar desde el 28 de septiembre de 2013 al 7 de noviembre de 2013, a causa de shock séptico a probable foro respiratorio y que motivó su ingreso a la sala de UTI el 31 de octubre de ese año y posterior fallecimiento el 7 de noviembre de 2013 (fs. 181/792, esp. fs. 181/192; arts. 386, 396, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por otro lado, la parte actora ofreció la declaración testimonial de las señoras Prieto y Salazar. Ambas testigos fueron contestes en afirmar que la seño-

ra N. L. H. llevaba adelante una vida normal, a pesar de su enfermedad. Además, precisaron que no se hallaba en un estadio grave de afección que significare peligro de muerte, tampoco que padeciera un órgano o sistema afectado que hiciera peligrar su vida, al tiempo en que se le suministrara el medicamento (cfr. videgrabación, actas de fs. 899 y 900).

Es dable precisar que los dictámenes periciales deben valorarse de conformidad a las reglas de la sana crítica y con sujeción a las normas de aplicación al caso (esta Sala, causas N° 20586/2016, sent. del 21/02/2019; N° 33.977/2013, sent. del 20/03/2019, N° 86684/2013, sent. del 04/04/2019, entre otras).

Éstas indican que, para apartarse de la pericia suficientemente fundada, es necesario oponer argumentos científicos que pongan en duda su eficacia probatoria. Las meras opiniones en contrario, sin esgrimir motivos valederos, son insuficientes para provocar el apartamiento de las conclusiones vertidas por quien es experto en un área de la ciencia o técnica (art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación; esta Sala, causas N° 33.977/2013, sent. del 20/03/2019; N° 86684/2013, sent. del 04/04/2019, entre muchas otras). Por ello, no encuentro motivo para apartarme de lo informado por el perito (arts. 386, 477, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

3. Reconstruyendo lo sucedido en base a la prueba aportada, se advierte que se logró probar el nexo causal del fallecimiento de la señora H. como consecuencia de los efectos secundarios padecidos a causa del suministro del fármaco aludido que le fuera prescripto por los profesionales que integraban la V Cátedra de Medicina Interna del "Hospital de Clínicas José de San Martín", dependiente de la "Universidad de Buenos Aires".

En síntesis, se aprecia acreditado que el daño a la salud de la paciente y su posterior fallecimiento se produjo a causa de los efectos adversos de la ingesta del medicamento "Adalimumab", lo que provocó sucesivas internaciones. La primera, a los dos días de su inoculación a causa de un cuadro de disfagia, fiebre y leucocitosis, y, en segundo lugar, debido al sangrado masivo de faringe posterior, melena abundante y shock hipovolémico, el que desencadenó en un shock séptico a foco respiratorio, su atención en sala de Unidad de Terapia Intensiva, coma inducido y posterior fallecimiento (7 de noviembre de 2013).

Sin embargo, ello no implica, per se, la responsabilidad de los involucrados, ya que, conforme refirió el perito médico, una de las contraindicaciones del fármaco es, precisamente, el deceso y por ello sólo debe ser utilizado en casos extremos y ante el

fracaso de los tratamientos previos. Lo que define la responsabilidad de la apelante —como responsable del equipo médico— es que, por un lado, no cumplió con la totalidad de recaudos necesarios para evaluar el posible impacto negativo que el medicamento podía tener en la paciente (lo que, desafortunadamente, luego ocurrió). Por otra parte, tampoco se encuentra acreditado que se haya instruido a la damnificada y a su grupo familiar de las potenciales consecuencias sumamente gravosas que podía presentar su utilización —incluida el deceso—. Es decir, que la elección del fármaco como método de tratamiento, ante el fracaso de los anteriores, no importa de por sí una conducta médica reprochable; lo cuestionable es que no se cumplieron todas las medidas y estudios previos pertinentes para evaluar su posible repercusión en la paciente, conforme afirmó el perito médico.

La reclamada tampoco acreditó, como sostiene en sus agravios, que la enfermedad hubiera evolucionado, inexorablemente, hacia idéntico desenlace, lo que le correspondía probar para desvirtuar la relación causal descrita y a la luz de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, que exige a la institución o al profesional de la medicina aportar las pruebas necesarias, en estrecha colaboración, con el fin de dilucidar la controversia (Morello “Hacia una visión solidarista...”, ED, 132-953; “En torno de la prueba”, LA LEY 1990-E, 1071). Misma crítica merece lo relativo a que una potencial autopsia podría haber despejado la causa de muerte de la señora H. Lo cierto es que dicha defensa fue introducida por la legitimada pasiva y, en tal caso, correspondía al Hospital de Clínicas instar la realización de este medio de prueba por el Cuerpo Médico Forense.

Asimismo, se destaca que, tal como se mencionó, la prueba testimonial obrante en autos demuestra lo contrario a lo sostenido por la legitimada pasiva, en lo atinente a que la señora N. L. H. llevaba adelante una vida normal a pesar de su enfermedad. En definitiva, se verificó que la señora H. empeoró sus condiciones vitales con posterioridad a recibir el componente inmunosupresor Adalimumab.

En cuanto a la falta de información de las posibles consecuencias del tratamiento que se le aplicó a la señora H., corresponde destacar que no emerge de autos la existencia de un consentimiento informado. Tampoco surge que se hayan adoptado los procedimientos clínicos que aconsejaba el prospecto de la droga, entre los cuales, como señala el perito, se sugiere la entrega de una tarjeta de alerta al paciente a modo de información clara y precisa sobre las posibles contraindicaciones y advertencias sanitarias durante el tratamiento.

Al respecto, la accionada sostuvo en su contestación de demanda —lo que reiteró en sus agravios— que la actora contaba con la información concreta de las distintas reacciones adversas del fármaco, pues toda ello surgía de la medicación, conforme lo establece la Ley 16.463. A su vez, agregó que se informó a la paciente cuál era el tratamiento indicado, las posibilidades de éxito y los riesgos que conllevaba y advirtió que, aunque no constara por escrito, ello no descartaba que hubiera sucedido.

Sin embargo, no es razonable sostener que la señora H., cursando su enfermedad, debiera analizar, comprender y examinar el prospecto de la medicación. Asimismo, si se admitiera, como lo sostiene la legitimada pasiva, que el consentimiento informado existió de modo verbal, ello debió haberse registrado por escrito en la historia clínica de la paciente, lo que no surge de la documental médica examinada (fs. 181/792; arts. 386, 396, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación; art. 7 decreto reglamentario 1089/2012, ley 26.529 modificada por ley 26.742).

Sobre este punto, la ley reconoce la autonomía de la voluntad del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, la que se justifica en el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar con posterioridad su manifestación de la voluntad (art. 2 inciso “e” de la ley 26.529, conf. ley 26.742). El paciente tiene el derecho de saber acerca de su estado de salud y los alcances de los tratamientos a los que se somete, lo que ahora se garantiza mediante el consentimiento informado (art. 5, ley cit.).

El consentimiento informado es un complemento de los derechos de la autonomía de la voluntad a recibir la información sanitaria y a rechazar los tratamientos terapéuticos. Es una declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a su estado de salud, el procedimiento propuesto con especificación de los objetivos perseguidos, los beneficios esperados del procedimiento, los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles, la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, los beneficios y los perjuicios en relación con el procedimiento propuesto, las consecuencias previsibles de su no realización o incluso de los alternativos especificados, en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, y el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento (Lorenzetti,

Ricardo L., “Responsabilidad civil de los médicos”, 2ª ed., T. I, Rubinzal Culzoni, 2016, ps. 63 y ss.).

La falta de consentimiento informado privó a la señora H. y a su familia del derecho a conocer y, así, a decidir, de modo libre y consciente, sobre los beneficios y peligros de cada intervención. En lo particular, si aceptaban asumir los riesgos eventuales del tratamiento, o, al menos, si deseaban consultar con otro profesional o incluso incurrir en terapias alternativas.

Por consiguiente, de la prueba emergente de autos cabe concluir que el obrar de los profesionales médicos tratantes de la señora H. fue negligente en tanto se le prescribió una medicación sin verificar de forma cabal sus potenciales consecuencias en la paciente y sin anoticiarla a aquella y a su grupo familiar de las implicancias del tratamiento, incluso de su posible desenlace fatal (art. 1109, Cód. Civil).

Cabe señalar que, en tanto la responsabilidad de los médicos demandados, descartada en la instancia de grado, no fue rebatida ante esta Alzada, no corresponde modificar este aspecto del decisorio. En cambio, el hospital accionado, cuya responsabilidad sí se discute, en tanto responsable por sus dependientes, debe responder por la falencia del equipo médico (art. 1113, primer párrafo, Cód. Civil).

Por las razones expuestas, postulo al Acuerdo confirmar la sentencia atacada en este aspecto (arts. 3, 1109, Cód. Civil; 330, 356 inc. 1, 386, 456, 477, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

VIII. La indemnización

a) Daño moral a favor de los señores M. A. E. y M. H.

En la anterior instancia se reconoció la suma de \$2.500.000 para cada uno de los coaccionantes mencionados en concepto de daño moral y daño psicológico —comprensivo del tratamiento psicológico—.

La institución emplazada “Universidad de Buenos Aires” se agravia del monto fijado por daño moral a los padres de la causante. Argumenta que se ha conculcado el principio de congruencia ya que la cuantía concedida excede en más del cuádruple lo reclamado por cada uno de los legitimados activos.

Cabe señalar que el destino del principio de congruencia es conducir el proceso en términos de razonable equilibrio dentro de la bilateralidad del contradictorio y exige que la sentencia se muestre atenta a la pretensión jurídica que forma el contenido de la disputa (SCBA, Ac 34286, sent. del

17/09/1985, “Acuerdos y Sentencias” 1985-II-687; SCBA, Ac 46716, sent. del 10/12/1991 “Acuerdos y Sentencias” 1991 IV, 432; SCBA, C 99072, sent. del 10/09/2008).

La importancia de tal limitación es decisiva, en tanto si se resolvieran cuestiones no planteadas se vulneraría el derecho de defensa en juicio de las partes, tanto de quien demandó y eligió cómo hacerlo, al igual que del contrario (esta Sala, Expte. N° 72.448/2018, sent. del 04/08/2022).

Se precisa que los demandantes supeditaron su reclamo al interponer la demanda a la fórmula de “lo que más o en menos surja de la prueba a producirse” (fs. 35/64 vta., esp. fs. 36 vta. y 57). Por esta razón, no existe discordancia con la cantidad reconocida por el señor Juez de primera instancia, quien meritó las constancias probatorias de la causa al momento de justipreciar el presente ítem.

De tal manera, la sentencia apelada no decidió una cosa distinta a la planteada o en más o en menos de lo requerido. Empero, el fallo ha brindado así una respuesta acabada a la contienda planteada, sin haber modificado el thema decidendum, ni extralimitarse de su alcance.

En consecuencia, no aprecio presente la inobservancia del principio aludido.

Por las razones expuestas, es que propongo al Acuerdo rechazar esta crítica (arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6 y 271, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

b) Daño material a favor de los señores M. A. E. y M. H.

El señor Magistrado de la instancia anterior reconoció, a favor de los señores M. A. E. y M. H., la suma de \$100.000 para cada uno de ellos, en concepto de daño material —valor vida— por el fallecimiento de su hija.

La demandada se queja por el reconocimiento de esta partida ya que estima la lamentable evolución negativa de la enfermedad de la causante le imposibilitaba prestar una posible asistencia económica a sus padres. Por este motivo, peticiona el rechazo del presente rubro.

Conforme dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “La vida humana no tiene un valor económico per se, sino en atención a lo que produce o pueda producir y la supresión de aquella, además de las consecuencias de índole afectiva, ocasiona otras de orden patrimonial, y lo que se mide con signos económicos son las consecuencias que sobre los patrimonios acarrea la brusca interrupción de

una actividad creadora, productora de bienes” (del dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte Suprema en causa P. 38. XLIII; REX, *in re* “Ponce, Abel Astilve y otros c. E.F.A. s/ daños y perjuicios”, sent. del 21/10/2008, Fallos: 331, 227).

En ese mismo sentido, cabe referir que “La vida humana...no está en el comercio ni puede cotizarse en dinero. Es un derecho de la personalidad, el más eminente de todos, empero, no obstante, la importancia que tiene para el hombre su vida, no constituye un bien...como objeto material o inmaterial susceptible de valor. Sólo tiene valor económico en consideración a lo que produce o puede producir” (SCBA, Ac. 35428, sent. del 14/05/1991, publicado en “Jurisprudencia Argentina” 1992-III-335, “DJBA” 142, 115, en “Acuerdos y Sentencias” 1991-I-697; Ac. 41216, sent. del 21/05/1991, “Acuerdos y Sentencias” 1991-I-739; C 50522, sent. del 26/10/1993, publicado en “DJBA” 146, 25).

Dable es aclarar que la indemnización por el perjuicio que sufren los legitimados para su reclamo en el supuesto de muerte de aquella persona de la cual recibían una ayuda económica, estará determinada por la capacidad productiva de la víctima al momento de su fallecimiento. Asimismo, el resarcimiento se fija teniendo en cuenta lo que el fallecido hubiera aportado patrimonialmente a los damnificados, en vista a sus ingresos y acorde lo que también debió destinar de los mismos a su propia subsistencia.

A su vez, esta Sala sostuvo que la muerte del hijo es indemnizable por el responsable del fallecimiento dentro del concepto de daño material y como frustración de la chance de ayuda futura que los padres lógicamente podrían esperar de su descendencia (autos “Fariña Virginia y otro c. Sanatorio de la Trinidad Quilmes SA y otros s/ daños y perjuicios”, N° 35.194/2010, sent. del 09/03/2020). Dicha probabilidad no es hipotética o conjetural, dado que resulta verosímil según el curso ordinario de las cosas y la normal estrechez de las relaciones familiares.

Por consiguiente, habrá que analizar la prueba producida.

La señora M. B. S. alegó ser vecina de los reclamantes e indicó que la señora N. L. H. “...estudiaba, trabajaba, se manejaba por sí misma”. Añadió que “...ella andaba por todos lados, trabajaba... se movilizaba por sí misma a pesar de su enfermedad” (minuto 2:12 al 2:24 y del minuto 5:55 al minuto 6:10, audiencia videograbada, acta a fs. 899; arts. 386, 456, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En idéntico sentido, depuso la señora M. C. P., quien también reconoció habitar en el mismo barrio que los actores. Afirmó que la señora H. llevaba adelante una vida normal, habitaba en casa de sus padres, laboraba en casas de familias y dictaba clases particulares de inglés (minuto 1:35 al 2:05 y del minuto 4:50 al minuto 5:05, audiencia videograbada, acta a fs. 900; arts. 386, 456, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

A su vez, en el M. de las actuaciones sobre beneficio de litigar sin gastos (N° 26.536/2017/1), los señores R. E. P. y M. G. M. manifestaron que el señor M. H. y la señora M. A. E. son jubilados y habitan en una casa de la propiedad de ambos (fs. 11/12 vta., esp. fs. 11 y 12, causa cit.; art. 386, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por lo tanto, considero que se logró acreditar la afectación de índole patrimonial que la muerte de la señora N. L. H. le provocó a sus progenitores, con quienes cohabitaba y por asistir económicamente a las necesidades del grupo familiar.

En vista a lo expuesto, a la situación personal de los señores M. A. E. y M. H. —quienes tenían 62 y 57 años, respectivamente, al momento del hecho—, a la edad y el desempeño laboral de su hija (31 años al producirse su deceso), a la medida en la que los hubiere podido ayudar económicamente y teniendo en cuenta que sujetaron el reclamo a lo que en más o en menos surgiera de la prueba a producirse (fs. 35/64 vta., esp. fs. 58), propicio al Acuerdo desestimar los agravios de la coaccionada y confirmar la suma reconocida en la instancia de grado para cada uno de los progenitores (arts. 1068, 1079, CC; 7, 1738 a 1740, 1745, Cód. Civ. y Com. de la Nación; 165 y 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

c) Tratamiento psicológico a favor del señor S. A. H.

El señor Magistrado de grado fijó la cuantía de \$115.000 a favor del coactor S. A. H. en concepto de tratamiento psicológico.

La emplazada se queja en cuanto a la falta de legitimación del demandante para reclamar este detrimento por la muerte de su hermana y peticiona su rechazo. Razona que el anterior sentenciante omitió justificar la procedencia de esta partida de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1078 del Cód. Civil y 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Corresponde, en primer término, expedirme con respecto a la legitimación activa del señor S. A. H. para formular el reclamo en análisis.

Esta Sala ha sostenido, que los hermanos del fallecido tienen el carácter de damnificados indirectos (art. 1079, Cód. Civil). Es que se encuentra legitimado para accionar todo aquel que sufra, en virtud del hecho, un daño cierto en relación causal adecuada. Por lo tanto, con mayor razón tienen legitimación aquellas personas cercanas al difunto que hayan sufrido un perjuicio como consecuencia de su muerte (cfr. “Ríos, Felipa Neri c. Musaccio, Miguel Ángel y otro s/ daños y perjuicios”, exp. N° 5961/2017, sent. del 27/11/2020, entre otros). Ello sin perjuicio de que deban acreditar la afectación que les produjo el suceso, sea de índole patrimonial o extrapatrimonial, como ocurre con cualquier otro legitimado activo.

Por lo tanto, estimo no corresponde hacer lugar a las quejas sobre la procedencia de este rubro.

En lo que respecta a la prueba de la dolencia, el perito psiquiatra designado de oficio, doctor Federico Juan López Codesal determinó que “...el Sr. S. H. también se muestra en la consulta como portador de un estado depresivo de mecanismo reactivo en su génesis que impresiona a este perito como un poco menos grave que el de sus progenitores” (fs. 971/981 y digitales 1076/1079 y 1088/1090, esp. fs. 973).

A su vez, en el informe psicodiagnóstico, el profesional interviniente, licenciado Héctor O. Becerra, señaló que el paciente padece un cuadro de trastorno por estrés postraumático a partir del duelo vivenciado que se precipita en síntomas fóbicos que incrementaron el riesgo y el sufrimiento, los sentimientos de inutilidad y mal funcionamiento interpersonal. A su vez, sugirió la realización de una terapia psicológica de dos años de duración, con una frecuencia semanal y un costo estimado de \$1200 por sesión (fs. 1040/1068, esp. fs. 1060/1061; arts. 386, 477, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

El coaccionado G. A. M. refutó el dictamen y el idóneo ratificó sus conclusiones (fs. 971/981 y digitales 1076/1079 y 1088/1090).

Con relación al valor probatorio de la experticia examinada, me remito a lo señalado precedentemente (arts. 386, 477, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En conclusión, habiéndose acreditado en autos que el señor S. A. H. sufrió un daño psíquico a raíz de la muerte de su hermana y que resulta necesario realice que un tratamiento psicológico, de conformidad con la prohibición emergente del principio de la *reformatio in peius* —en tanto no medió agravio de la parte actora— postulo al Acuerdo re-

chazar las quejas formuladas por la emplazada y confirmar este aspecto de la sentencia (arts. 3, 1068, CC; arts. 7, 1738 a 1740 Cód. Civ. y Com. de la Nación; 165, 386, 477, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

IX. Por las consideraciones y razones expuestas, en caso de resultar compartido este voto por mi distinguida colega de Sala, propongo al Acuerdo: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de recurso y agravio; 2) Imponer las costas de Alzada a la codemandada “Universidad de Buenos Aires”, en su carácter de esencialmente vencida (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y 3) Firme, pasen los autos a despacho a los fines de abordar las cuestiones relativas a los honorarios.

La doctora *Bermejo*, por las consideraciones y razones aducidas por la doctora *Verón*, vota en igual sentido a la cuestión propuesta.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcripto precedentemente, por unanimidad de votos el Tribunal decide: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de recurso y agravio; 2) Imponer las costas de Alzada a la codemandada “Universidad de Buenos Aires”, en su carácter de esencialmente vencida (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y 3) Firme, pasen los autos a despacho a los fines de abordar las cuestiones relativas a los honorarios. Regístrese de conformidad con lo establecido con el artículo 1° de la ley 26.856, 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/2013 de la CSJN. La difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 164, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. Notifíquese por secretaría y cúmplase con la comunicación pública dispuesta en las Acordadas de la CSJN 15/2013 y 24/2013. Oportunamente, devuélvase a la instancia de grado. Se deja constancia que la Vocalía N° 32 se encuentra vacante. — *Beatriz A. Verón*. — *Silvia P. Bermejo*.

INFRASEGURO

Alcances. Prueba.

1. — Los demandados no cumplieron con la carga de probar que la suma asegurada respecto a la cobertura por edificios sea inferior al valor asegurable, por lo que no se encuentra acreditada la existencia de infraseguro.

2. — La configuración del infraseguro conlleva la aplicación de la regla proporcional; en este supuesto, el asegurado soporta la parte no cubierta del daño en la medida del infraseguro. Tiene sustento en la necesaria proporcionalidad que debe existir entre las primas pagadas y la indemnización a fin de evitar el beneficio del asegurado a costa y en perjuicio del asegurador.
3. — El art. 65 de la ley 17.418 contempla el infraseguro, que concurre cuando la suma asegurada es menor que el valor total del interés asegurable. Esta diferencia es posible y puede existir desde la celebración del contrato o puede producirse con posterioridad.
4. — Para verificar la presencia de un infraseguro, el asegurador debe acreditar con datos objetivos los valores reales vigentes a la fecha del siniestro, puesto que es en ese instante en que nace la obligación del asegurador cuando debe examinarse si la prima pagada por el asegurado es la que habría correspondido al objeto sobre el que se asienta el interés de haberse tomado un seguro que cubra el total de su valor.
5. — Las conclusiones del perito en liquidación y averías no generan convicción probatoria suficiente en relación con el valor total del interés asegurable al momento del siniestro, puesto que no se basan en datos objetivos. En efecto, los liquidadores de seguro actúan por cuenta y orden de la compañía aseguradora y, en consecuencia, sus opiniones, de fuente y destino unilateral, no son jurídicamente relevantes frente al asegurado, en tanto no medie prueba idónea para darles eficacia en juicio.
6. — El presupuesto acompañado por la actora no es válido para tener por acreditado el valor a riesgo. Tal como surge de su contenido y de la respuesta a la prueba informativa, aquel determina el valor de las obras para la reconstrucción civil de los edificios existentes en el predio. El objeto y la finalidad son diversos. Por ello, no cabe otorgarle virtualidad probatoria para conocer el valor de los bienes asegurados.

CNCom., sala B, 26/09/2022. - Sintoplast SA c. SMG Argentina de Seguros SA y otro s/ ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/132956/2022]

Expte. n° CIV 082073/2014/CA001

Buenos Aires, 26 de septiembre de 2022.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

La doctora *Vásquez* dijo:

I. La sentencia apelada

A fojas 1088 la señora Jueza de Primera Instancia hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por Sintoplast SA por cumplimiento de contrato de seguro, y condenó a SMG Compañía Argentina de Seguros SA (en adelante, “SMG Seguros”) y a Sancor Cooperativa de Seguros Limitada (en adelante, “Sancor Seguros”) a pagar \$ 408.285,39, en la medida que cada una de ellas debe responder, con más intereses.

De modo preliminar expuso que no existe controversia en que la actora se vinculó con SMG Seguros y Sancor Seguros a partir de un contrato de un seguro contra “todo riesgo operativo”, instrumentalizado en las pólizas nro. 32315 (SMG Seguros, quien participa en un 70%) y nro. 9030 (Sancor Seguros, quien participa en un 30%). Precisó que el seguro cubre, entre otros riesgos, la pérdida o los daños materiales sobre los bienes asegurados ubicados en la ruta..., kilómetro..., Alta Gracia, provincia de Córdoba. Agregó que tampoco está debatido que el 28.12.2012 sucedió un siniestro y que el mismo fue denunciado y aceptado tácitamente por las aseguradoras. Concluyó que la cuestión gira en torno al alcance de la cobertura, puesto que las demandadas invocaron sumas deducibles a cargo de la asegurada, así como la existencia de infraseguro. Además, postuló que se debate la procedencia de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento que son reclamados por la actora.

En primer lugar, señaló que la aceptación tácita en los términos del artículo 56 de la ley 17.418 comprende el derecho del asegurado a obtener la cobertura pero no alcanza al monto de la indemnización. Destacó que esto último sería contrario al principio indemnizatorio que rige el derecho de seguros y que emana de los artículos 61, 62 y 65 de la ley 17.418.

En segundo lugar, consideró que las demandadas lograron acreditar el alcance de la cobertura invocado en la contestación de demanda. Tuvo en cuenta que de las condiciones especiales de la póliza surge que si la suma asegurada es inferior al valor asegurable, la aseguradora solo indemniza el daño en proporción a ambos valores. Añadió que el alcance de la cobertura pactada está previsto en el artículo 65 de la ley 17.418 como infraseguro.

Entendió que las pruebas producidas en la causa muestran que concurre el supuesto de infraseguro en la cobertura por daños al edificio y mercaderías dado que la suma asegurada es inferior al valor asegurable. Para ello, valoró el contenido de la pericia

en liquidación y averías, que basó sus conclusiones en el informe realizado por el estudio liquidador encargado de llevar adelante la investigación del siniestro. Agregó que las observaciones de la actora son meras objeciones que no tienen sustento técnico. Señaló que el perito oficial no indicó que ese informe no fuera acorde con la realidad o que sus valores fueran inadecuados sino que lo consideró sólido y útil.

Como elemento coadyuvante, meritó los presupuestos acompañados por la actora de los que, en su entender, se desprende que las sumas aseguradas son inferiores al valor asegurable. Indicó que el presupuesto en relación con daños edificios asciende a \$ 4.982.000 y con respecto a los daños a la mercadería, a \$ 285.705,86. Aclaró que esos montos son superiores a las sumas aseguradas por cada concepto.

Por otro lado, rechazó las quejas de las demandadas en relación con el informe pericial y el cálculo del monto indemnizatorio realizado por el experto. De este modo, sobre la base de los cálculos practicados por el perito liquidador en siniestros y averías, fijó el monto de la indemnización derivada del siniestro en \$ 808.205,39.

En ese marco, analizó si las demandadas cumplieron en tiempo y forma con el pago de la indemnización considerando que las accionadas manifestaron que efectuaron un pago de \$ 400.000 a cuenta y pusieron a disposición el remanente. Juzgó que las accionadas incurrieron en mora el 10.07.2013 puesto que no abonaron la indemnización dentro de los quince días del informe final del estudio liquidador, según lo dispone el artículo 49 de la ley 17.418. Añadió que las demandadas debieron recurrir a la consignación judicial de las sumas para evitar las consecuencias de su incumplimiento. A todo evento, agregó que de las pruebas rendidas se desprende que los montos ofrecidos por las demandadas no son correctos.

Por último, concluyó que, fijada la indemnización por el siniestro en \$ 808.205,39 y dado que la actora recibió \$ 400.000, la demanda prospera por \$ 408.205,30, más intereses desde la mora a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos comerciales a treinta días, sin capitalizar.

Distribuyó las costas por su orden en los términos del artículo 68, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación puesto que consideró que todos los intervinientes fueron vencidos en parte.

II. Los recursos

Esta decisión fue apelada por Sintoplast SA a fojas 1096. Los agravios de la actora obran a fojas 1020/1028 y recibieron respuesta de SMG Seguros a fojas 1030/1033 y Sancor Seguros a fojas 1035/1038.

En primer lugar, la actora se agravió de que la señora Jueza de Primera Instancia haya determinado que en el caso concurren los presupuestos de un infraseguro.

En este sentido, alegó que la pericial en liquidación y averías fue erróneamente valorada. Apuntó que esa pericia no es idónea para acreditar la existencia de un infraseguro. Destacó que las demandadas desistieron de la pericial de ingeniería civil que es la única prueba que permite respaldar objetivamente que el valor asegurado de los bienes es inferior al valor asegurable. Arguyó que las demandadas tienen la carga de acreditar la defensa de infraseguro. Aseveró que el informe del estudio de liquidador de siniestros, que designaron las aseguradoras, no tiene virtualidad probatoria. Sostuvo que esos informes no son imparciales ni objetivos. Se quejó que la sentenciante quitara entidad a las impugnaciones realizadas en relación con la pericial en liquidación y averías por el solo hecho de no estar suscriptas por un consultor técnico. Argumentó que los presupuestos acompañados para acreditar el daño en el edificio y mercaderías son idóneos para probar el valor a riesgo de los bienes y, por ende, el infraseguro.

En segundo lugar, se quejó de que la magistrada de la anterior instancia omitiera examinar el daño que reclamó derivado del cumplimiento tardío en el pago de la indemnización. Solicitó su tratamiento en esta Alzada.

III. La decisión

No se encuentra debatido en esta instancia la existencia de un contrato de seguro contra “todo riesgo operativo” celebrado por la actora con SMG Seguros (quien participa en el seguro en un 70%) y Sancor Seguros (quien participa en un 30%), instrumentados a través de las pólizas nro. 32315 y nro. 9030, respectivamente. La cobertura comprende “todo riesgo operativo de pérdidas o daños materiales incluyendo explosión de calderas, a los bienes del asegurado o aquellos por los cuales sea responsable como consecuencia de una causa material y externa no excluida expresamente” (anexo al frente de póliza - condiciones particulares, fs. 76). Los bienes se encuentran situados en la Ruta..., kilómetro..., Alta Gracia, provincia de Córdoba (fs. 71).

Tampoco se encuentra debatido que se produjo un siniestro el 28.11.2012 a raíz de una tormenta

de gran intensidad; que ello fue oportunamente denunciado por la asegurada y que la cobertura del siniestro fue aceptada en forma tácita en los términos del artículo 56 de la ley 17.418.

La controversia gira en torno al alcance de la cobertura y, en particular, a la existencia o no de infraseguro por daños materiales en edificios y por daños materiales en las mercaderías. Además, la actora discute la procedencia del reclamo en concepto de lucro cesante derivado de la mora en el pago de la indemnización del siniestro.

1. En el presente caso, la señora Jueza de Primera Instancia señaló que de las condiciones generales de la póliza surge que “si al tiempo del siniestro la suma asegurada excede el valor asegurable, el asegurador sólo resarcirá el perjuicio efectivamente sufrido, pero tiene derecho a la totalidad de la prima. Si la suma asegurada es inferior al valor asegurable, el asegurador sólo indemnizará el daño en proporción a ambos valores.” (fs. 82). Entendió que las partes pactaron un supuesto de infraseguro, lo que no fue materia de agravio en el recurso bajo análisis.

Esa figura tiene sustento legal en el artículo 65 de la ley 17.418. Según esa norma “[s]i al tiempo del siniestro el valor asegurado excede del valor asegurable, el asegurador sólo está obligado a resarcir el perjuicio efectivamente sufrido; no obstante, tiene derecho a percibir la totalidad de la prima”. El párrafo segundo dispone que “[s]i el valor asegurado es inferior al valor asegurable, el asegurador sólo indemnizará el daño en la proporción que resulte de ambos valores, salvo pacto en contrario”.

De este modo, la normativa contempla el infraseguro, que concurre cuando la suma asegurada es menor que el valor total del interés asegurable. Esta diferencia es posible y puede existir desde la celebración del contrato o puede producirse con posterioridad. Surte efectos cuando se produce un siniestro y su existencia anterior es indiferente. La configuración del infraseguro conlleva la aplicación de la regla proporcional; en este supuesto, el asegurado soporta la parte no cubierta del daño en la medida del infraseguro. Tiene sustento en la necesaria proporcionalidad que debe existir entre las primas pagadas y la indemnización a fin de evitar el beneficio del asegurado a costa y en perjuicio del asegurador. El infraseguro admite pacto en contrario, lo que no ha sido invocado en el caso. Este pacto que alude el artículo 65 de la citada ley se incorpora a través de la inserción de clausula “a primer riesgo” por lo que el asegurador indemnizará el siniestro sin recurrir a la regla proporcional (Halperín, Isaac, “Seguros”, 2° ed. actualizada por Félix Morandi, Ed. Depalma, Bs.As., 1983, T. II, p. 795; Stiglitz, Rubén, “Derecho

de Seguros”, Ed. La Ley, Bs. As., 2008, T. III, p. 173; López Saavedra, Domingo, “Ley de Seguros 17.418. Comentada”, Ed. La Ley, Bs. As., 2012, T. I., p. 395).

En relación con la carga de la prueba de su existencia, esta Sala -bien que con diferente integración- ya expresó que es carga del asegurador demostrar la presencia de infraseguro (“Colonna, Ángel c/ Boston Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario”, 3.06.2013). Se llega a la misma conclusión examinando el caso desde la teoría de la carga de la prueba que pone en cabeza de quien alega la prueba de la existencia del fundamento de su defensa o excepción (art. 377, CPCCN).

Para verificar la presencia de un infraseguro, el asegurador debe acreditar con datos objetivos los valores reales vigentes a la fecha del siniestro puesto que es en ese instante en que nace la obligación del asegurador cuando debe examinarse si la prima pagada por el asegurado es la que habría correspondido al objeto sobre el que se asienta el interés de haberse tomado un seguro que cubra el total de su valor (Stiglitz, Rubén, ya citado, p. 178).

2. SMG Seguros al contestar demanda alegó como defensa el infraseguro (fs. 561vta. y ss.). Para ello expuso que el valor a riesgo de todos los edificios del predio asciende a \$ 5.867.487 y la suma asegurada ajustada a \$ 2.336.016, por lo que el porcentaje asegurado es 39,81. Señaló que el liquidador de siniestros designado fijó los daños en \$ 1.429.250. Similar razonamiento hizo con los daños en la cobertura por mercaderías; expuso que el valor a riesgo es de \$ 2.278.937,75, que la suma asegurada ajustada es de \$ 2.080.582,90, por lo que el porcentaje asegurado es 91,30. Añadió que el liquidador fijó los daños por este rubro en \$ 236.044.

Solicitó se designe un perito ingeniero civil para que con las constancias de autos y constituyéndose en el lugar determine, teniendo en cuenta la superficie cubierta y las características, el valor a riesgo de los edificios al momento del hecho a fin de que, con esa información y cualquiera otra que le fuera solicitada, auxilie al perito en liquidación y averías (fs. 565 vta., pto. “f” y fs. 565, pto. “e”). Peticionó que el perito ingeniero civil indique la superficie cubierta de los edificios, el valor asegurado por metro cuadrado y el valor de reposición del edificio dañado al momento del siniestro.

Por su lado, Sancor Seguros también invocó la defensa de infraseguro y adhirió a los argumentos y al ofrecimiento de prueba propuesto por SMG Seguros (fs. 636).

A fojas 800/807 el perito en liquidación y averías presentó su pericia. Aclaró que la confeccionó sobre la base de las constancias obrantes en la causa puesto que no se había presentado el dictamen del perito ingeniero civil. Advirtió que sus conclusiones y respuestas sobre la existencia de infraseguro están condicionadas a la información que brinde el perito ingeniero civil sobre el valor a riesgo (fs. 800 y fs. 801, pto. “3”).

Con esas salvedades, concluyó sobre la base de los valores a riesgo que surgen del estudio final del liquidador de siniestros designado por SMG Seguros, obrante a fojas 359/73, que existe infraseguro en la cobertura por daños al edificio (fs. 801, pto. “3”).

Esa pericia fue observada por la actora a fojas 809/10. Sostuvo que las conclusiones tienen apoyo en un informe parcial y subjetivo, y no resultan de un estudio objetivo realizado en el marco de este proceso.

A mi modo de ver, las conclusiones del perito en liquidación y averías no generan convicción probatoria suficiente en relación con el valor total del interés asegurable al momento del siniestro, puesto que no se basan en datos objetivos (art. 477, CPCCN). En efecto, los liquidadores de seguro actúan por cuenta y orden de la compañía aseguradora y, en consecuencia, sus opiniones, de fuente y destino unilateral, no son jurídicamente relevantes frente al asegurado, en tanto no medie prueba idónea para darles eficacia en juicio (Stiglitz, Rubén, ya citado, p. 209).

Por ello, la conclusión del informe final del estudio de liquidador de siniestro es tan sólo una determinación unilateral efectuada de manera extrajudicial; su admisión cercena el derecho de defensa de los no partícipes del acto (CNCom, esta Sala, expte. nro. 13139/2014, “Giampaletti SA c/ Coto CICSA s/ordinario”, 5.12.2019; “Borysiuk, Pablo Gabriel c/ Royal & Sun Alliance Seguros (Argentina) SA s/ordinario”, 1.09.2016). Por ello, ese estudio es, por sí solo, inidóneo para tener por acreditado la existencia del alegado infraseguro.

Además, en el caso, el informe final del estudio liquidador solo indicó la superficie cubierta a la que se le asignó un valor, que no fue explicado ni justificado y que, incluso, ya había sido objetado por la actora en ese entonces (fs. 367, in fine). Al contestar la intimación cursada en los términos del artículo 389 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el liquidador no brindó mayores precisiones sobre los referidos valores (fs. 721). La falta de explicaciones sobre las premisas técnicas o bien sobre las fuentes reales y objetivas utilizadas le quitan seriedad al informe y, por ende, valor probatorio.

La condición señalada por el perito en liquidación y averías para que adquieran firmeza sus conclusiones sobre la existencia de infraseguro no fue cumplida puesto que la demandada desistió de la realización de la pericia en ingeniería civil (fs. 985), aun cuando ella misma había ofrecido esa prueba y cuando su producción había sido ordenada.

Por otro lado, el presupuesto acompañado por la actora, agregado a fojas 48/50, no es válido para tener por acreditado el valor a riesgo. Tal como surge de su contenido y de la respuesta a la prueba informativa (fs. 759), aquel determina el valor de las obras para la reconstrucción civil de los edificios existentes en el predio. El objeto y la finalidad son diversos. Por ello, no cabe otorgarle virtualidad probatoria para conocer el valor de los bienes asegurados.

En este escenario, SMG Seguros y Sancor Seguros no cumplieron con la carga de acreditar que la suma asegurada respecto a la cobertura por edificios sea inferior al valor asegurable, por lo que no se encuentra acreditada la existencia de infraseguro.

Por ello, la indemnización por el rubro daños materiales en el edificio asciende a la suma de \$ 1.312.199,55, más los intereses fijados desde la mora en la sentencia apelada que no fueron materia de agravio. Ello pues no fue objeto de apelación el valor de reparación de los daños que sufrió el edificio como consecuencia del siniestro que, según juzgó la sentencia apelada, es de \$1.457.999,50. Tampoco fue apelado el monto de la suma asegurada por este concepto ni el 10 % deducible por franquicia (fs. 803).

En relación con la existencia de infraseguro en la cobertura por daños en las mercaderías, cabe efectuar conclusiones similares. Los bienes existentes en el predio que están comprendidos por la póliza de seguro son materias primas, pinturas, pinceles y demás mercaderías que forman parte de la hacienda comercial de la sociedad actora, cuyo giro del negocio está constituido por la fabricación, venta de pinturas y actividades conexas (fs. 148 y fs. 59/66).

Si bien SMG Seguros invocó la existencia de infraseguro, no ofreció prueba para fundar su defensa y solo indicó que el valor a riesgo de las mercaderías asciende a \$ 2.278.937,75. En sentido similar, Sancor Seguros invocó la defensa de infraseguro (fs. 636).

El perito en liquidación y averías con base en el informe del estudio del liquidador replicó ese valor (fs. 802, pto. “5”) y concluyó que existe infraseguro en la cobertura por mercaderías.

El estudio liquidador señaló que fijó el valor a riesgo sobre la base de información y la documentación contable brindadas por el asegurado (fs. 369). Al contestar la intimación cursada en los términos del artículo 389 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no otorgó mayores precisiones (fs. 721).

En este marco, también debe descalificarse las conclusiones del perito en liquidación y averías en tanto no tienen sustento en datos objetivos, sino en un informe subjetivo que carece de mayores precisiones (art. 477, CPCCN). En este aspecto, la parte demandada ha incumplido su carga probatoria a fin de acreditar la existencia del infraseguro invocado en la cobertura por mercadería.

Con relación al monto de la indemnización, no fueron aquí objeto de apelación los daños en las mercaderías, que, según juzgó la sentencia apelada, asciende a \$ 236.044,92. Tampoco se debate el monto de la suma asegurada ni el 10 % deducible por franquicia (fs. 803). Por ello, el monto de la indemnización asciende a \$ 212.440, con más los intereses fijados desde la mora por la anterior instancia que no fue objeto de agravio (fs. 803).

Por último, tal como lo decidió la señora Jueza de Primera Instancia y no fue objeto de queja, al monto total en concepto de daños producidos por el siniestro (\$ 1.524.639,55) deberá detraerse la suma de \$ 400.000, ya percibida por la actora.

3. Con relación al reclamo por daños y perjuicios derivados de la mora en el pago de la indemnización del siniestro, corresponde en esta instancia su análisis de acuerdo con el artículo 278 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en atención a la omisión de tratamiento en la sentencia de primera instancia y la queja de la actora.

La actora expuso que a la fecha de interposición de la demanda no contaba con el depósito reparado y que ello le provocó problemas en la producción, erogaciones para alquilar espacios para la guarda de la mercadería, problemas de logísticas con retrasos en las entregas y quejas de clientes que, en ocasiones, derivó en ruptura de las relaciones (fs. 150vta/151).

Sin embargo, no produjo prueba tendiente a demostrar los hechos en que basó su reclamo. Tampoco acreditó la existencia del daño. En este sentido, su pretensión se basó en simples afirmaciones que no fueron objeto de prueba.

Al respecto, cabe recordar que la carga de la prueba configura un riesgo y quien no acredita los he-

chos que debió probar, por aplicación del artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pierde el pleito si de ellos depende la suerte de la litis (esta Sala, expte. nro. 23375/2016, "Mbtécnic SRL y otro c/ Frávega SACIEI s/ordinario", 23.12.2021; "Coinsud SRL c/AGCO Argentina SA s/ordinario", 30.11.2016; "Aragone, José María c/ Banco Privado de Inversiones s/ordinario", 30.10.2013).

Por ello, el reclamo indemnizatorio no puede prosperar.

4. Atento el éxito parcial del recurso de Sinteplast SA y de acuerdo con lo previsto en el artículo 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde la readecuación de las costas.

Por principio general, las costas son en nuestro régimen procesal el corolario del vencimiento (arts. 68 y ss., CPCCN) y se imponen no como una sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, que deben ser reembolsados por el vencido. Si bien la ley contempla diversas excepciones al principio antes señalado, estas deben ser interpretadas restrictivamente, sobre la base de circunstancias objetivas y debidamente fundadas, que demuestren la injusticia de aplicar el principio general; de otro modo, se desnaturalizaría el fundamento objetivo del vencimiento convirtiendo la excepción en regla (CNCom, esta Sala, "Ediciones Arani SRL c/ NOP SRL", 24.07.1989).

Una de las contingencias propias de todo proceso es la de que ninguna de las partes obtenga la satisfacción íntegra de su pretensión o de su oposición, resultando ambas, en forma total o parcial, vencedoras y vencidas; esa es la hipótesis que contempla el artículo 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 2021, T. II, p. 252).

Ese artículo dispone que "si el resultado del pleito o incidente fuere parcialmente favorable a ambos litigantes, las costas se compensaran o se distribuirán prudencialmente por el juez en proporción al éxito obtenido por cada uno de ellos".

De acuerdo con el éxito obtenido en las pretensiones de las partes y en los recursos, impondré las costas de ambas instancias en un 20 % a cargo de la actora y un 80 % a cargo de las demandadas (arts. 279 y 71, CPCCN).

IV. Conclusión

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: (i) admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Sinteplast SA y, en consecuencia, (ii)

modificar la sentencia apelada con el alcance y extensión que surge del considerando “III.2” y “III.3”. Las costas de ambas instancias se distribuyen en un 20 % a cargo de la actora y un 80 % a cargo de las demandadas de acuerdo a lo dispuesto en el considerando “III.4”.

He concluido.

Por análogas razones, la doctora *Ballerini* adhiere a la solución del voto que antecede. Con lo que se terminó este Acuerdo que firmaron las señoras Juezas de Cámara.

Oportunamente, incorpórese la foliatura correspondiente al Libro de Acuerdos Comercial Sala B, al momento de agregar esta sentencia digital en soporte papel.

Buenos Aires, 26 de septiembre de 2022.

Y VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo que precede, *Resuelve*: (i) admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Sintoplast SA y, en consecuencia, (ii) modificar la sentencia apelada con el alcance y extensión que surge del considerando “III.2” y “III.3”. Las costas de ambas instancias se distribuyen en un 20 % a cargo de la actora y un 80 % a cargo de las demandadas de acuerdo a lo dispuesto en el considerando “III.4”.

Regístrese y notifíquese por Secretaría, conforme Acordadas nro. 31/11 y 38/13 CSJN y devuélvase. Oportunamente, cúmplase con la publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, según lo dispuesto en el artículo 4 de la Acordada nro. 15/13 CSJN. — *Matilde Ballerini*. — *María Guadalupe Vásquez*.

OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA

Pago en moneda de curso legal. Facultad conferida por el Cód. Civ. y Com. Cotización aplicable. Dólar MEP.

1. — Se admite el planteo formulado para modificar lo estipulado en un acuerdo de pago de sumas de dinero en moneda extranjera, pudiendo optar el deudor por liberarse de tal obligación mediante la entrega de la cantidad de pesos necesarios para adquirir USD 33.000 según la cotización del dólar MEP al día anterior al

pago o depósito de la suma adeudada (arts. 765, 766 y 786 del Cód. Civ. y Com.).

2. — Es apropiado adoptar al dólar MEP como tipo de cambio para convertir a pesos la obligación asumida por la demandada en la moneda extranjera, porque es un mecanismo que permite la adquisición legal y sin límites del dólar, consistente en la compra de un bono que cotiza en pesos pero que es convertible en dólares y puede ser vendido en esa moneda.
3. — La facultad conferida por el art. 765 del Cód. Civ. y Com. debe ejercerse adoptando para la conversión, otros tipos de cambio que reflejen un valor del dólar cercano al real.

JNCom. Nro. 3, 08/07/2022. - García Núñez, Fernando Christian y otro c. Tomasek, Queila Carolina s/ ejecutivo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/101691/2022]

COSTAS

Por su orden en función de la variedad de criterios jurisprudenciales sobre la temática.

9636/2020

1ª Instancia. - Buenos Aires, julio 8 de 2022.

Vistos:

1.1. Asiste razón a la peticionaria. Consecuentemente corresponde dejar sin efecto lo dispuesto en fs. 146, y proveer la presentación de fs. 145 de la siguiente forma:

En el marco de la audiencia de conciliación celebrada el 16/12/2021 las partes acordaron lo siguiente: “1. (...) la parte demandada (...) propone abonar por todo concepto la suma total de USD 33.000, a pagar en tres cuotas mensuales y consecutivas de USD 11.000 cada una. Los pagos se realizarán a partir del mes de febrero de 2022. (...) 2. La forma de pago será en efectivo a entregarse en dólar billete. (...) 3. Los actores sin reconocer hechos ni derechos aceptan la propuesta de la demandada, manifestando que una vez percibida la suma total no tendrán nada más que reclamar con relación a este proceso.”

1.2. El 16/12/2021 (fs. 111) se homologó judicialmente el acuerdo.

1.3. El 15/02/2022 (fs. 112/114), la demandada manifestó que intentó coordinar con la demandante

una fecha y hora para abonarle en efectivo un pago parcial de la primera cuota de capital (ver apartado 2 párrafo 3) y, según afirmó, la demandante se negó a recibir este pago por ser parcial.

1.4. El 07/03/2022 (fs. 120) la demandante solicitó que se intime a la demandada para que "...acredite el pago de las obligaciones adeudadas en la forma acordada..." por encontrarse vencido el plazo para su pago; de ello se dio traslado a la demandada (fs. 123 y fs. 124/26), quién contestó que la demandante se habría negado a recibir "...el pago total de la tasa de justicia, un pago parcial de cuota de capital y la primera cuota de los honorarios de su letrada" por lo que acreditó haber depositado \$180.000 "(...) asumiendo el compromiso de mantener los depósitos hasta completar el acuerdo homologado" (apartado 2 primera y última parte respectivamente).

1.5. El 06/04/2022 (fs. 130) la demandada acompañó un nuevo depósito de \$90.000 y lo dio en pago. El 19/04/2022 (fs. 132) depositó \$30.000 y también lo dio en pago. Ambos depósitos de dinero los realizó tomando como cotización el dólar oficial del Banco de la Nación Argentina correspondiente al día de depósito de dichas sumas.

En el apartado 3 del mismo escrito, la demandada invocó "(...) la imposibilidad de adquirir dólares en plaza atento a las restricciones legales vigentes y cada vez más rigurosas, que si bien al momento de arribar al acuerdo, confié en conseguir pero actualmente no lo puedo hacer libremente, es por ello que solicito a VS la conversión de la deuda en pesos a cotización de vendedor de BNA con sustento en el art. 765 del Cód. Civ. y Com. de la Nación".

1.6. De ese escrito se dio traslado a la demandante, quien lo contestó (fs. 139/141) oponiéndose a lo pedido y solicitando, en concreto, que el pago se practique "(...) en la moneda obligada y en la forma obligada" pero, en el apartado A, y de manera subsidiaria, se opuso a que la deuda en dólares sea convertida a la cotización oficial y pidió que sea cancelada "entregando las sumas en pesos según la cotización del dólar MEP (Mercado Electrónico de Pago) al día del pago" (apartado II punto 2, segundo párrafo y última parte). Con independencia de ello, pidió que se lleve adelante la ejecución sobre el bien que individualizó en el último párrafo del apartado B.

1.7. La demandada insistió en su postura de acuerdo a lo que surge en los apartados 2, 3 y 4 del escrito presentado el 20/05/2022 (fs. 145), pidiendo expresamente lo siguiente: "(...) en virtud de los límites que impone la normativa cambiaria del BCRA para la compra de la divisa americana al tipo de

cambio vendedor del BNA es que vengo a solicitar el pago de la deuda en moneda de curso legal o sea en pesos (...) al valor tipo vendedor del Banco Nación" (apartado IV).

2.1. En este escenario fáctico, corresponde que decida acerca del planteo introducido por la demandada enderezado a que sea admitido el pago de la deuda en dólares pero convertido en moneda de curso legal al valor tipo vendedor del Banco de la Nación Argentina ("BNA").

2.2. A mi modo de ver no caben dudas de que la demandada está obligada a cumplir con su obligación —pactada en el marco de la audiencia celebrada el 16/12/2021— pagando en dólares, más allá de que pueda liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal al momento del pago conforme lo faculta el art. 765 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

En claro este punto, cabe mencionar que en la actualidad se observa una importante brecha entre el tipo de cambio oficial y el resto de los tipos de cambios legales (dólar MEP, dólar contado con liquidación y dólar País).

Agrego, además, que la solución no puede ser hallada fuera de la realidad económica que impera en el país. Que, en lo que aquí interesa, exige colocar al acreedor en la posibilidad real de adquirir la especie de moneda debida aunque él decida no proceder a esa adquisición específica con los pesos que reciba.

2.3. En ese marco, descarto que los pesos a entregar puedan servir al actor para obtener dólares a cotización oficial pues es evidente que la conversión de los dólares a pagar, a la cotización oficial publicada por el BNA, está completamente alejada del valor real de dicha moneda extranjera y no arroja una suma en pesos que satisfaga el interés del demandante, ya que con esa cantidad de pesos no podría adquirir en el mercado de cambio la cantidad de dólares de la que es acreedor.

Descarto, también, la posibilidad de aplicar los llamados "dólares ahorro" o "dólares solidarios" porque los topes que rigen exigirían al actor aguardar más de 25 años para adquirir la especie en cuestión (1).

Por tanto, es forzoso concluir que la pretendida conversión no puede ser efectuada a ninguna de esas paridades.

2.4. Por ese motivo, y tal como apunta calificada doctrina, la facultad conferida por el art. 765 del Cód. Civ. y Com. de la Nación debe ejercerse adop-

tando para la conversión, otros tipos de cambio que reflejen un valor del dólar cercano al real (2).

Con ese enfoque conceptual, considero apropiado adoptar al dólar MEP como tipo de cambio para convertir a pesos la obligación asumida por la demandada, porque es un mecanismo que permite la adquisición legal y sin límites del dólar, consistente en la compra de un bono que cotiza en pesos pero que es convertible en dólares y puede ser vendido en esa moneda (3).

Con la misma orientación, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha señalado lo siguiente: "...tal conversión debe ser efectuada a la cotización tipo vendedor que se informe con relación al dólar bolsa del día anterior al pago o depósito de la suma adeudada, desde que, por ser este un mecanismo legal a través del cual los particulares pueden adquirir hoy dicha moneda extranjera, es también susceptible de servir al cumplimiento de la sentencia aquí dictada" (4).

Agrego, además, que muy calificada doctrina (5) considera que lo más atinado es aplicar la solución que aquí propongo (dólar MEP) y apunta que "...el dólar MEP es posiblemente el camino que se va transformado en predominante, tomado por otras salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y fallos en diversas jurisdicciones" (6).

Dicho autor señala expresamente que en su opinión: "...el recurso a la cotización oficial no cumplirá con la condición de equivalencia (...). En rigor, la mejor opción para cumplir con la función de igualdad de valores que supone el concepto de equivalencia es el dólar MEP también conocido como dólar bolsa. Las otras posibilidades pecarán por exceso o defecto —más bien esto último—, y serán normalmente veladas formas de imponer un esfuerzo compartido sin una normativa que justifique ese proceder" (7).

A la misma solución llega el juez Gerardo Vasallo, como integrante de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (8), quién —al expresar los fundamentos de su disidencia con la mayoría— señala que la modalidad adoptada por sus colegas de Tribunal (de tomar el dólar oficial) "...no responde a la manda legal que exige del deudor para liberarse que entregue un monto equivalente en moneda de curso legal (artículo 765); amén que tampoco responda a lo estipulado por las partes que pactaron el "dólar billete" (llamado también dólar físico)..."

Y, en otro párrafo de su voto, destaca que "...tanto el artículo 608 del anterior Código, como el 765 del

actual, prevén que si la cosa (moneda extranjera) no es entregada en la especie y cantidad pactada, el cumplimiento alternativo solo puede aceptarse de brindarle al acreedor la cantidad de pesos necesaria para hacerse del bien sustituido.

Y ello solo puede darse mediante algún procedimiento legal que permita adquirir la cantidad de dólares "billete" a una cotización libre o de mercado.

Encuentro que este resultado, dentro del abanico que otorga el mercado cambiario legal y regulado, es del que deriva el llamado dólar MEP o Bolsa..."

2.5. Compartiendo, entonces, las posturas reseñadas párrafos arriba, es que —tal como lo expresé al inicio— juzgo que la cotización que debe ser utilizada en el caso, es la cotización tipo vendedor que se informe con relación al dólar bolsa del día anterior al pago o depósito de la suma adeudada ("dólar MEP o Bolsa"), siendo además lo solicitado subsidiariamente por la demandante, de acuerdo a lo expuesto en el punto 1.3 párrafo 5 de fs. 139/141.

Por lo expuesto resuelvo: 3.1. Admitir el planteo formulado por la demandada en fs. 145 con el efecto de modificar lo estipulado en el punto 2 del acuerdo celebrado el 16/12/2021 (fs. 109/110) pudiendo optar por liberarse de tal obligación mediante la entrega de la cantidad de pesos necesarios para adquirir US\$33.000 según la cotización del dólar MEP al día anterior al pago o depósito de la suma adeudada (arts. 765, 766 y 786 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) debiendo descontar —a este efecto y bajo la modalidad aquí dispuesta— los depósitos hechos —hasta la fecha— por la demandada (ver detalle de los puntos 1.4. y 1.5.). 3.2. Las costas se distribuyen por su orden en función de la variedad de criterios jurisprudenciales sobre la temática (arts. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 3.3. Notifíquese por Secretaría del Juzgado. (sc). — *Jorge S. Sicoli*.

(1) Conf. CNCom. Sala C del 22/04/2021 "Aulet, Norberto J. c. Fiduciaria Carilo SA y otros s/ ordinaria" Expte. N° 11133/2011/CA2).

(2) Conf. Mazzinghi Marcos y Mazzingui Sebastián, "La cancelación de obligaciones en moneda extranjera a la luz de la reciente jurisprudencia", LA LEY, 16/11/2020.

(3) Conf. CCCom. Junín del 19/10/2021, "Vacarezza, Miguel c. Ligo, Néstor s/ cobro ejecutivo" (Expte. N° ZGV-20495/2020).

(4) CNCom. Sala C del 22/04/2021 “Aulet, Norberto J. c. Fiduciaria Carilo SA y otros s/ ordinario” Expte. N° 11133/2011/CA2).

(5) Paolantonio Martín, “Quid del equivalente en el art. 765 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (y el caso de los pagarés emitidos en moneda extranjera)”, publicado en El Derecho del 09/05/2022, cita digital ED-MMCMXXXIV-407.

(6) Paolantonio, ob. cit. en la nota al pie anterior, quien alude a la decisión adoptada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J el 12/07/2021; y, de la Sala F, “Arias, Etmundo c. Ro-

dríguez, Juan C.”; del 10/08/2021, mientras que, en referencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, el autor refiere al fallo de la Sala C, señalado párrafos arriba en la nota al pie N° 1.

(7) Paolantonio, ob. cit.

(8) CNCom. Sala D, del 15/10/2020, “Órtola Martínez, Gustavo, M. c. Sarlenga, Marcela C. s. Ordinario”, publicada en LA LEY el 16/11/2020, 11 - LA LEY, 27/11/2020, 4. Con nota de Miguel Ángel Acosta; RCCC2020 (diciembre), 09/12/2020, 33. Cita TR LA-LEY AR/JUR/47237/2020.

MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL

Vigésima segunda edición

Autor: **Lino Enrique Palacio**



2022



Esta obra
contiene
códigos QR
con material
adicional.



1 Tomo
Disponible en papel
y eBook.

En la nueva edición de este manual, se incorpora el Derecho Procesal generado mediante acordadas por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, teniendo en cuenta que aún el legislador nacional no ha procedido a avanzar en la reforma al texto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

La labor del máximo tribunal ha sido, por tales razones, de capital importancia para el adecuado desarrollo del Derecho Procesal nacional, especialmente en los tiempos de pandemia que hemos vivido desde el inicio del año 2020.

Se destacan, además, las normas de Derecho Procesal Electrónico que permitieron continuar con la prestación del servicio de justicia durante los difíciles momentos de restricciones (a la circulación de personas y al intercambio de papeles) impuestas por los gobiernos para mitigar la emergencia sanitaria.

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

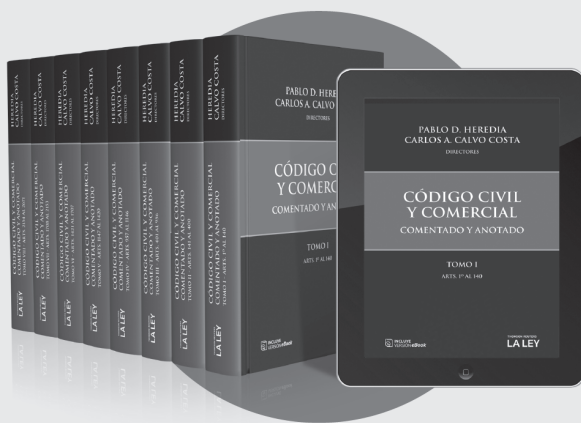
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

COMENTADO Y ANOTADO

Directores: **Pablo D. Heredia**
y **Carlos A. Calvo Costa**



2022



8 Tomos
disponibles en
papel y eBook.

CON EL ANÁLISIS DE EXPERTOS JURISTAS

La **obra más completa y actualizada del mercado** desde el lanzamiento del Código Civil y Comercial hace 7 años.

Desarrolla más de 2600 artículos y brinda respuestas para resolver problemáticas diarias. Algunas de las novedades de esta edición son: Compensación económica • Mandato irrevocable • Persona Jurídica • Tecnología.



Obtené más información
sobre esta obra imprescindible
escaneando este código QR

*Consultar promociones vigentes



ThomsonReutersLaLey

@TRLaLey

Thomson Reuters Argentina | LEGAL

Thomsonreuters_ar

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA

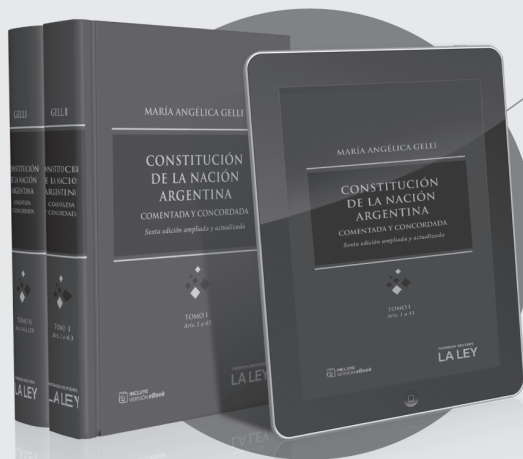
COMENTADA Y CONCORDADA

Sexta edición ampliada y actualizada

Autora: **María Angélica Gelli**



2022



Incluye un
anexo exclusivo
en su versión
eBook.



2 Tomos
disponibles en
papel y eBook.

A más de veinte años de su primera edición, el lector podrá encontrar en esta sexta edición actualizada, comentarios de la autora a los fallos más relevantes en materia constitucional desde comienzos de 2018 hasta finales de abril de 2022.

Esta obra es un recorrido de las instituciones constitucionales, los derechos, garantías y deberes. Incorpora citas de jurisprudencia a cada artículo, especialmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.



Obtené más
información sobre
la obra escaneando
el código QR



ThomsonReutersLaLey

@TRLaLey

Thomson Reuters Argentina | LEGAL

Thomsonreuters_ar

