



Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

**EXPTE. N° 15489/2011, “OLGUIN JOSE LUIS c/ BBVU BANCO FRANCÉS S.A. s/DAÑOS Y PERJUICIOS” JUZG N° 95**

///nos Aires, a los 22 días del mes de febrero de 2018, reunidos los señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a fin de pronunciarse en los autos caratulados: **“Jaroslavsky Andrés Adolfo y otro c/ BBVU Banco Francés s/daños y perjuicios”y “Olguin Jose Luis c/BBVU Banco Francés S.A.”s/ daños y perjuicios”**

**La Dra. Beatriz A. Verón dijo:**

1.- Contra la sentencia de primera instancia obrante a fs. 871/887 de las primeras actuaciones citadas, se alzan las partes y expresan agravios la demandada a fs. 903/905 y la actora a fs. 907/916 y fs. 917/927 vta., contestándose en dicho orden a fs. 938/941 vta. (y fs. 943/946) y fs. 949/954, mientras que la aseguradora ACE lo hace a fs. 958/960 vta. y fs. 961/963 vta..

La entidad bancaria cuestiona la imposición de costas, pues razona que ante el rechazo de demanda corresponde imponerlas íntegramente a su contraparte.

La actora, por su parte, critica el rechazo de la acción, al sostener que promedió a su respecto incumplimiento de la “obligación de seguridad”, extremo que considera confiere fundamento a la relación de causalidad adecuada. Reclama la revocación del fallo en crisis.

2.- El Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26.994, contempla de manera expresa lo tocante a la “temporalidad” de la ley.

Es menester interpretar coherentemente lo dispuesto por su art. 7° sobre la base de la irretroactividad de la ley respecto de las situaciones jurídicas ya constituidas, y el principio de efecto inmediato de la nueva ley sobre las situaciones que acontezcan, o relaciones jurídicas que se creen con posterioridad a su vigencia, así como a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Por ello, corresponde ponderar que en el caso *sub examine* se trata de una relación o situación jurídica que ha quedado constituida conforme a la ley



anterior, y también las consecuencias que emanan de ella, por lo que al haber nacido al amparo de tal legislación, es en definitiva la que se aplica.

3.1.- Por razones de método analizaré en primer término la queja formulada por la actora pues se orienta al fondo del caso *sub examine*.

Al respecto, en grado de adelanto y por lo que comienzo a desarrollar, propiciaré confirmar el fallo en crisis.

3.2.- En efecto, por lo pronto advierto que no se encuentra en debate el encuadre aplicado, existe coincidencia en el marco normativo aplicado por el juez y el que fundamenta la acción indemnizatoria entablada (y en el que ahora se insiste a través de la apelación deducida).

La actora pone de resalto la fortaleza de su crédito que encuadra en el Derecho del Consumidor (que incluso reconoce base constitucional), y agrega que la actividad bancaria es “riesgosa”, para lo que echa mano a disposiciones del CCyCom.

Me limitaré a decir que la normativa tuitiva del Derecho del Consumidor determina que los servicios deben ser prestados “... en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios” (art. 5 Ley 24.240), y a través de la recta interpretación de la clásica fórmula contenida en el art. 1198 1° párr. del CC se arriba a la misma conclusión (ver mis votos *in re* “Fernández, Isabel c/ Disco S.A. s/ Ds. y Ps.”, Expte. N° 73.021/2.006, del 16/6/2010; *idem*, “Zemel, Olga c/ Banco Prov. Bs. As. s/ Ds. y Ps.”, Expte. n° 80.050/2004, del 12/3/2008, entre otros).

El fundamento de responsabilidad tiene naturaleza objetiva, resultando una clara manifestación del fenómeno elocuentemente descrito por Louis Josserand como “inflación obligacional” (Díez Picazo, Luis, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 235 y ss.), “ensanchamiento” que junto con otras mutaciones sustanciales, es el resultado de la tendencia hacia el favorecimiento de las indemnizaciones, la respuesta de la sociedad ante la proliferación de los daños, la reacción del Derecho frente a una “sociedad de masas” (Ubiría, Fernando-Erbe, Federico, “La obligación de seguridad. Su actual concepción en doctrina y jurisprudencia”, *Conceptos*, Bs. As., Sept.-Dic. 2002, págs. 23-9).

3.3.- Sin perjuicio de ello y por las razones que daré, no alcanza a cobijar en su alcance a los daños producidos en un evento de las características del de autos, pues existen límites que siempre deben respetarse, los que emanan del principio angular de la “buena fe” que nutre de manera directa a la citada figura.





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

Dicho principio ahora se encuentra receptado de manera terminante en el art. 961 del CCyCom. (apuntalado por los arts. 9 y 729 del mismo ordenamiento), y todos ellos son tributarios de la fórmula receptada en el citado 1° párrafo del art. 1198 del Código de Vélez (ley 17.711).

No está acreditado que se haya promovido el cumplimiento de la Comunicación “A”3390, punto 2.7. del BCRA -12/12/01-, es decir, la obtención de un lugar reservado para realizar la operatoria.

No puedo soslayar que los actores son directivos de una empresa de seguridad (v. Expte. N° 17.776/2011, fs.412, preg. 1; Expte. N° 15.489/2011, fs.334/vta.), quienes se relacionan con situaciones como las vividas -lamentablemente- con una mayor asiduidad. Lo cual permite recordar el art. 902 del Código de Vélez: *Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos*. Se trata de una regla clave para graduar la responsabilidad ya que a ley trae un ingrediente relativo a la posición y condición de quien obra, propio del sujeto mismo como individuo de conducta y para establecer la existencia o ausencia de reprochabilidad de su acto.

La doctrina considera que uno de los aspectos comprendidos en la regla es el de los conocimientos especiales de la persona: la superior aptitud, el mayor alcance de ese conocimiento por la preparación o por el título, es lo que califica la actitud de prudencia y previsión (Cifuentes, Santos “Código Civil comentado, anotado y concordado”, Astrea 2001, T.IV, pág.67, CNCiv. Sala “J” *in re* “Vagatay, Ana c/ Banco Superville Societe Generale s/ Ds. Y Ps., Expte. N° 112.551/99, del 23/4/2007).

3.4.- Pues bien, en el aspecto medular de la queja en análisis, la actora aduce que el obrar delictivo del que fueron víctimas “comenzó en la instalación bancaria” y que la demandada procedió de manera antijurídica al fallar su sistema de seguridad, y que recién después se sumó el obrar también antijurídico de los delincuentes.

Está probado que los accionantes fueron “marcados” dentro de la sucursal bancaria, extremo este que no se discute ahora, pero lo cierto es que no radica allí el antecedente adecuado de los daños, es decir, no alcanza jerarquía o fuerza jurídica suficiente para endilgar la responsabilidad que se atribuye a la demandada.

3.5.- El acaecimiento de un hecho delictivo fuera del edificio bancario debe apreciarse en cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias en



las cuales se desarrollaron los hechos (conf. Cámara Apel. en lo Civil de Neuquén, sala III, “S., S.G. c/Banco Prov. del Neuquén SA s/d. y p. y p.res. contractual particulares” del 12/11/2013, cita online: AR/JUR/88255/2013).

En efecto, el caso de autos no configura un supuesto de cocausación conjunta o disyunta, tampoco acumulativa, sino de “concausalidad”, pues –como se verá– la conducta de los delincuentes ha sido de tal naturaleza que debe entenderse independizada de la condición puesta por el agente, pues se se desplazó la materialidad del menoscabo hacia otro centro de imputación material, interfiriendo en la procedencia de la reparación (Pizarro, Ramón, Vallespinos, Carlos, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Ed. Hammurabi, vol. 3, pág. 108 y ss.).

El juez de grado ha practicado ya un completo análisis del caso, y partió de un meduloso y pormenorizado estudio de los acontecimientos, los abordó en primer término desde el plano de la causalidad material, para agregarle después la perspectiva jurídica que nutre el régimen de causalidad adecuada normado en los arts. 901 y ccds. del Código de Vélez, prisma a través del cual también se encuadra la obligación de seguridad emergente del art. 5° de la ley 24.240, que desmenuza ajustadamente en el considerado IX de su pronunciamiento.

En el desarrollo de los acontecimientos, adquiere singular trascendencia el episodio acaecido una vez que los actores llegan a la empresa. En el momento en que Jaroslavsky descendió del rodado, los delincuentes lo increparon, y lo hicieron sólo respecto a él, no a Olgún que no se encontraba en el lugar, y fue éste quien decidió acudir en su auxilio, adoptando un rol protagónico por el que dio origen a un intercambio de disparos por el que se produjo el desenlace dañoso.

Descartada para el caso de autos la aplicación de la *conditio sine qua non*, es en este último “tramo” del *iter* causal donde corresponde hacer foco, allí es donde radica la causa adecuada de los perjuicios, pues fracturó el nexo de causalidad adecuada. Respecto de la demandada se produjo el “hecho del tercero por quien no se debe responder”, especie componente del *casus* dotada de los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad que frustran la acción reparatoria, exorbitando la previsibilidad exigible.

Los acontecimientos referidos ponen de manifiesto que la génesis del interés cuya tutela se procura se encuentra fuera del ancho marco causal amparado por la normativa de consumo, lo contrario equivaldría a exigirle a la demandada un dominio o control de la causalidad desmedido, y por tanto inexigible.





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

El Dr. Dupuis en concienzudo voto refiriéndose a un “asalto... fuera del recinto bancario, en la vía pública y a más de cincuenta metros del mismo según versión de la misma actora, mal puede extenderse la responsabilidad del banco, puesto que la obligación de custodia del banco, en principio, no se extiende al poder de policía en la vía pública, que está cargo del Estado, como custodio natural de la seguridad pública” (CNCiv. Sala “E”, “Echegaray, Julio C. c/Banco Galicia y Buenos Aires” del 5/11/2004, cita Online: AR/JUR/4422/2004.).

En este caso, los hechos ocurrieron a más de 20 cuadras de la sucursal bancaria (Expte.nº17.776/2011, v. declaración del oficial de policía Ochoa, fs. 414 vta. preg.2).

3.6.- En su mérito, en función de las circunstancias de hecho relatadas y las razones de derecho desarrolladas, propicio confirmar la sentencia apelada.

4.1- La demandada cuestiona la distribución efectuada en torno a las costas causídicas, decisión que también considero debe mantenerse.

4.2.- En efecto, recuerdo que en materia de imposición de costas el Código Procesal ha adoptado en su art. 68 la teoría del hecho objetivo de la derrota. “La justificación de esta institución está en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte en cuyo favor tiene lugar”, naciendo su imposición del deber del juez de condenar al derrotado (cfr. Chiovenda citado por Fenochietto-Arazi "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. 1, pág. 280 y ss.).

Tal principio constituye una regla genérica que, sin embargo, reconoce excepciones, y en base a ellas el juzgador puede graduar la proporción en que deben soportarse tales accesorios o bien disponer lisa y llanamente que su distribución se trasunte en el orden causado.

La jurisprudencia -en consonancia con lo dispuesto por el 2º párrafo del art. 68 del rito- alude como causa genérica que autoriza el apartamiento de la regla general que impone las costas a quien ve rechazada su pretensión, a la existencia de “razón fundada” para litigar, fórmula dotada de suficiente elasticidad como para resultar aplicable cuando, por las particularidades del caso, cabe considerar que la parte vencida actuó sobre la base de una convicción razonable (cfr. Palacio, Lino E., “Derecho Procesal Civil, T. III, pág. 373; esta Sala *in re* “Legnazzi, M. Patricia c/ Gimenez, Daniel s/ Ds. y Ps.”, Expte. Nº 38.722/2.008, del 05/11/2.016; ídem, “Aquila, Ema c/ Pero, Jorge s/ Ds. y Ps.”, Expte. Nº 42.799/2.001, del 01/10/2.013, entre otros), situación que precisamente es la que acontece en el *sub examine*.



4.3.- En función de los antecedentes del caso (cfr. acáp. N° 3.4), considero que la parte actora pudo razonablemente haberse creído con derecho a demandar puesto que no se encuentra en debate que los accionantes fueron “marcados” dentro de la institución bancaria, y que desde allí fueron seguidos hasta la sede de la empresa en la que trabajaban, oportunidad en la que se produjo la seguidilla de disparos y los daños consecuentes.

Propicio, por tanto, rechazar también esta queja.

En su mérito, a los fines de afrontar las costas generadas por el caso de autos, la regla contenida en el 2° inciso del art. 68 resulta de aplicación.

5.- Por las circunstancias desarrolladas, doy mi voto para:

a) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto ha sido objeto de apelación y agravio;

b) Imponer las costas de Alzada por su orden (art. 68, 2° párrafo, CPCCN).

**El Dr. Ricardo Li Rosi dijo:**

**I.-** La sentencia obrante a fs. 871/887 de los autos N° 17.776/2011 rechazó las demandas promovidas por Andrés Adolfo Jaroslavsky y José Luis Olguin contra BBVA Banco Francés S.A. y su citada en garantía ACE Seguros S.A., distribuyendo las costas en el orden causado.-

Contra dicha resolución se alzan las quejas de Andrés Adolfo Jaroslavsky y de José Luis Olguin, quienes expresaron agravios a fs. 907/916 y 917/927, mediando las réplicas de la entidad bancaria a fs. 929/932 y 933/936 y, las de la firma aseguradora, a fs. 958/960 y 961/963.-

Por su parte, la demandada expuso sus quejas a fs. 900/902 y 903/905, las que merecieron las contestaciones de los demandantes a fs. 949/951 y 952/954.-

**II.-** De modo previo a tratar los planteos plasmados por los recurrentes, creo conveniente realizar una breve síntesis de los hechos que motivaron el presente pleito.-

En su escrito de demanda, Andrés Adolfo Jaroslavsky memora que el día 9 de septiembre de 2009, siendo aproximadamente las 12 hs., concurrió, en compañía de José Luis Olguin a la sucursal N° 26 del Banco Francés, ubicada en la Av. Santa Fe N° 5000 de esta ciudad, con el objeto de retirar la suma de \$5.000





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

y chequeras pertenecientes a la cuenta de la empresa Souch S.R.L. de la que es socio gerente.-

Afirma que, una vez dentro del banco, se colocó junto con el Sr. José Luis Olguin en la fila de cajas. Al llegar su turno, fue atendido y, una vez realizada la extracción del dinero, procedió a entregárselo a su acompañante, quien lo guardó entre sus ropas. Sostiene que esta acción fue observada, desde el interior de la entidad bancaria, por un sujeto de sexo masculino, que a la postre logró ser identificado como Fernando Pasarelli.-

Luego realizó los demás trámites para los cuales había concurrido y se retiró junto con Olguin en su rodado particular al lugar donde tiene asiento la empresa de la cual el actor es titular, sita en Jorge Newbery 3849, previo a lo cual su acompañante procedió a devolverle la suma que había extraído del banco.-

Al llegar a destino, recuerda que estacionó su automóvil y se dirigió a las oficinas de la firma, en tanto Olguin hizo lo propio pero en dirección al local de la empresa que se halla frente a la altura catastral N° 3823.-

En ese contexto, el demandante sostiene que fue abordado por un sujeto de sexo masculino, luego identificado como Ramiro Ezequiel Chávez quien esgrimiendo un arma de fuego, le exigió el dinero que minutos antes había retirado del Banco Francés. Sin oponer reparo alguno, intentó sacar de entre sus ropas el dinero en cuestión, recibiendo en ese instante por parte del agresor un golpe en la cabeza con el arma que éste portaba.-

Acto seguido, Olguin, quien advirtió la secuencia a través de un monitor de seguridad externo de la empresa, tomó su pistola marca Bersa Calibre 9 mm, salió en esa dirección y se trabó en lucha con el agresor golpeándolo con su arma en la boca, provocando que Chávez cayera al suelo. En ese momento, apareció otro sujeto a bordo de una motocicleta, quien sería luego identificado como Cristian Pablo Yáñez, efectuando un disparo con un arma de fuego que atravesó el pantalón que vestía Olguin, lesionándolo en su pierna.-

A continuación, dado que el segundo agresor se aproximaba al mando de la motocicleta, Olguin efectuó disparos con el arma de fuego que portaba, lesionando a Yáñez, quien al perder el equilibrio cayó del rodado. A su vez, sostiene que Chávez, desde el suelo, efectuó varios disparos, dos de los cuales impactaron en el hombro derecho y otro en el rostro de Jaroslavsky.-

Ambos agresores emprendieron la huida a pie, dejando abandonada la motocicleta, y efectuando Chávez disparos con su arma de fuego. Finalmente, ambos abordaron un rodado marca Renault Megane color gris.-



El Sr. Jaroslavsky quedó tendido en el suelo, hasta que fue socorrido y, dada la gravedad de sus heridas, fue trasladado de inmediato al Hospital Militar y luego a la clínica Suizo Argentina.-

Relata las intervenciones que se le realizaron como consecuencia del hecho y destaca que perdió la vista de su ojo izquierdo y que se encuentra comprometida seriamente la visión del derecho.-

Funda en derecho y atribuye responsabilidad a la accionada BBVU Banco Francés S.A. en el entendimiento que la secuencia delictiva resultó posible por la omisión de los controles y por la violación del deber de vigilancia.-

A su turno, se presenta BBVA Francés S.A., opone excepción de falta de legitimación pasiva y contesta la demanda instaurada en su contra.-

En particular, afirma que el día y hora del hecho denunciado había gran cantidad de personas dentro de la sucursal, tanto en la línea de cajas como sentadas esperando ser atendidas por los Oficiales de Cuentas, realizando operaciones por los cajeros automáticos y buzones, entrando y saliendo del lugar, sin que nadie evidenciara sospecha alguna para el personal de seguridad.-

A su vez, destaca el hecho que tanto Jaroslavsky como Olguin, presunto dueño de una empresa de seguridad y custodio personal respectivamente, no hayan podido advertir el accionar del aparente “*marcador*” dentro de la sucursal bancaria. Agrega que no advirtieron ningún indicio que alertara una situación de inseguridad dentro de la sucursal ni en el recorrido hacia su destino final.-

Asimismo, describe como imprudente y poco precavida la conducta de Jaroslavsky, quien asumió voluntariamente el riesgo de extraer dinero en efectivo del banco.-

En otro orden de ideas, tilda como reprochable la actuación de Olguin. Postula que su conducta fue determinante de los presuntos daños que sufriera el accionante. Así, señala que arriesgó de modo innecesario e insensato la integridad física de Jaroslavsky.-

Concluye, pues, que el demandante fue imprudente al asumir un riesgo absolutamente innecesario al trasladar dinero en efectivo y más lo fue Olguin al enfrentarse a los delincuentes.-

Manifiesta, asimismo, que ninguna norma exige que las entidades bancarias deban ejercer un poder de policía fuera de los perímetros de sus establecimientos, así como tampoco tareas de inteligencia.-

Tilda de descabellada la hipótesis de extender el deber de seguridad del banco hasta comprender veinte cuerdas del lugar de asiento de la sucursal.-







Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

En definitiva, sostiene que la decisión del actor y de su acompañante de retirarse de la entidad bancaria con el dinero entre sus ropas fue tomada con pleno discernimiento y evaluación de los riesgos que ello implicaba.-

A su vez, destaca que las lesiones por las cuales reclama responden al hecho de un tercero por el que no debe responder.-

Impugna los rubros reclamados, solicita la citación en garantía de la compañía ACE Seguros S.A., ofrece prueba y solicita se rechace la acción intentada.-

Por su parte, la firma de seguros se presenta, reconoce la vigencia de la póliza y su condición de aseguradora de BBVA Banco Francés S.A. Asimismo, da cuenta de la existencia de una franquicia a cargo de su asegurado.-

Realiza una negativa pormenorizada de los hechos y afirma que, eventualmente, existió culpa de un tercero por el cual no debe responder en la medida que interrumpe la relación de causalidad.-

Impugna los rubros indemnizatorios y adhiere a la contestación de demanda efectuada por la entidad bancaria.-

Por su parte, en los autos nro. 15.489/2011, el accionante José Luis Olguín promueve demanda contra BBVA Banco Francés S.A. y expone un relato de los hechos similar al realizado por el Sr. Jaroslavsky. Funda en derecho y discrimina las partidas indemnizatorias reclamadas. Ofrece prueba y solicita se haga lugar al reclamo formulado.-

Tal como lo hiciera al presentarse en los autos acumulados, la entidad bancaria opone excepción de falta de legitimación pasiva, realiza una pormenorizada negativa de los hechos alegados en la demanda y expone la propia. Impugna los rubros por los que se acciona, ofrece prueba y solicita el rechazo de la demanda.-

Finalmente, comparece la empresa ACE Seguros S.A. y contesta la citación en garantía en los mismos términos a los empleados en los autos acumulados.-

**III.-** Previo a proceder al estudio de las quejas vertidas por los recurrentes, creo necesario recordar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquéllos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. arg. art. 386, Cód. Procesal y véase Sala F en causa libre N° 172.752 del 25/4/96; CS, en RED 18-780, sum. 29; CNCiv., Sala D en RED, 20-B-1040, sum. 74; CNFed. Civil y Com., Sala I, ED,



115-677 -LA LEY, 1985-B, 263-; CNCom., Sala C en RED, 20-B-1040, sum. 73; SC Buenos Aires en ED, 105-173, entre otras).-

**IV.-** Por otro lado, atento los pedidos de deserción de recurso formulados por las partes, debo también destacar que el art. 265 del Código Procesal exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. Y en este sentido, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento, o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (conf. Fenochietto - Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial, Anotado, Comentado y Concordado", tº I, pág. 835/7; CNCiv. Sala A, libres nº 37.127 del 10/8/88, nº 33.911 del 21/9/88, nº 587.801 del 28/12/11, entre muchos otros).-

En este orden de ideas, sin embargo, bien vale destacar que la mera disconformidad con la interpretación judicial sin fundamentar la oposición, ni concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado no constituye la crítica para la que prescribe la norma (conf. CNCiv., Sala A, 15/11/84, LL1985-B-394; íd. Sala D, 18/5/84, LL 1985-A-352; íd. Sala F 15/2/68 LL 131-1022; íd. Sala G, 29/7/85, LL 1986-A-228, entre otros).-

Desde esta perspectiva, considero que los pasajes de los escritos a través de los cuales los demandantes y la entidad bancaria pretenden fundar sus recursos logran cumplir con los requisitos referidos.-

En base a lo expuesto, y a fin de preservar el derecho de defensa en juicio, de indudable raigambre constitucional, no habré de propiciar la deserción requerida y trataré los agravios vertidos.-

**V.-** A su vez, cabe señalar que los hechos de esta causa han de ser subsumidos en las disposiciones del anterior Código Civil de la Nación, aprobado por Ley 340, y no en las del flamante Código Civil y Comercial, aprobado por Ley 26.994. Es que "la nueva ley toma a la relación jurídica en el estado que se encuentra al tiempo que la ley es sancionada y pasa a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos, en tanto que a los cumplidos se los considera regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron" (S.C.B.A., E. D. 100-316). Es decir que "las consecuencias ya producidas están consumadas y no resultan afectadas por las nuevas leyes, pues lo impide la noción de consumo jurídico" (LLAMBÍAS, "Tratado de derecho civil - Parte general", 4ta. ed., I-142). Ello en razón de que la noción de efecto inmediato, recogida en el art. 7 del





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

nuevo Cód. Civ. y Com., implica aceptar la eficacia e inalterabilidad de los hechos cumplidos, según criterio que ya difundiera PLANIOL ("*Traité élémentaire de droit civile*", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1920, I-nº 248) y desarrollara luego ROUBIER añadiendo que "si la ley pretende aplicarse a los hechos cumplidos (*facta praeterita*) es retroactiva" ("*Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*", Dalloz, 2da. Ed., Paris 1960, nº 88) (cfr. Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, voto del Dr. Velázquez en autos "S., N. O. y otros c. D., D. Á. y otra s/ daños y perjuicios" del 11/08/2015, Cita online: AR/JUR/26854/2015).-

Así, se ha sostenido que cualquiera sea la instancia en la que se encuentre el expediente (primera o ulteriores, ordinarias o incluso extraordinarias), hay que aplicar el mismo sistema de derecho transitorio que teníamos y, por tanto, verificar si las situaciones y sus consecuencias están o no agotadas, si está en juego una norma supletoria o imperativa, y ahora sí, como novedad, si se trata o no de una norma más favorable para el consumidor. Así, por ejemplo, si el hecho ilícito que causó el daño aconteció antes de agosto de 2015, a esa relación jurídica se aplica el Código Civil, se haya o no iniciado el juicio y cualquiera sea la instancia en la que se encuentre (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015", Publicado en: LA LEY 02/06/2015, 1, LA LEY 2015-C, 951, Cita Online: AR/DOC/1801/2015).-

**VI.-** Bajo este contexto, cabe poner de resalto, tal como lo hiciera el Sr. Magistrado de la instancia de grado, que la cuestión planteada en la causa debe ser abordada asimismo a la luz de las disposiciones establecidas en la ley de defensa del consumidor, que abarca también las etapas pre y postcontractuales (conf. Prevot, Juan M., "La obligación de seguridad en el derecho del consumo", en Picasso, Sebastián – Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, p. 580).-

Es que la relación de consumo se anuda mediante el mero contacto social entre el proveedor y el consumidor o usuario, en los términos que fija la propia ley 24.240, y no resulta necesario que exista o subsista un vínculo contractual. Y ello es así toda vez que, en el marco del estatuto de defensa del consumidor, se prioriza la noción de "relación" por sobre la de "contrato", en un fenómeno similar al existente en el derecho laboral (conf. Frustagli, Sandra A. – Hernández, Carlos A., "Las exigencias de seguridad en las relaciones de consumo", en



Vázquez Ferreyra, Roberto (dir), Obligación de Seguridad, suplemento especial, La Ley, 2005, p. 21).-

Esta última conclusión no sólo surge del ámbito de aplicación determinado por los arts. 1, 2 y 3 de la indicada ley, sino también –y ante todo– de la pauta establecida en el art. 42 de la Constitución Nacional, que, al referirse específicamente a la seguridad de los consumidores, establece que ella debe ser protegida en toda la relación de consumo, y no solo en el marco del contrato. Interpretando esa norma constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación así lo señaló en términos inequívocos: *“Cabe considerar también el derecho a la seguridad previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional, que se refiere a la relación de consumo, que abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados, que es precisamente el caso que se presenta en autos. De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales”* (conf. CSJN, 6/3/2007, “Mosca, Hugo A. c/Provincia de Buenos Aires y otros”, LL, 2007-B-363, con nota de Atilio A. Alterini; DJ, 2007-II-10, con nota de Félix A. Trigo Represas; RCyS, 2007-452 con nota de Ramón D. Pizarro).-

A su vez, el Alto Tribunal fue contundente en señalar que, por imperio de la ley suprema, la relación de consumo debe entenderse con sentido lato, y que ella conlleva una obligación de seguridad a cargo del proveedor (Fallos 329:646, 329:4944 y 331:819).-

Dicha obligación surge de manera expresa del art. 42 de la Constitución Nacional, en tanto establece que el consumidor tiene derecho a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, así como del art. 5º de la ley 24.240, a cuyo tenor *“Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”*.-





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

Por consiguiente, en atención a la laxitud que alcanza la relación de consumo, quedan abarcados en el ámbito de dicha obligación de seguridad, entre muchos otros, los daños sufridos por el consumidor ante la sustracción de su automóvil de una playa puesta a su disposición por un establecimiento mercantil, o por accidentes en cualquier parte del perímetro del local o centro comercial, o por los perjuicios sufridos en una ruta u autopista concesionada, como consecuencia de la presencia de animales sueltos, aun por quienes utilizan el servicio sin pago directo, como las personas transportadas o los pasajeros de un colectivo (conf. Picasso, Sebastián, “La Culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema”, diario La Ley, 2 de junio de 2008, págs. 4 y 5).-

Se ha dicho, en ese sentido, que la relación que se trata es una relación de consumo que genera obligaciones para los centros de venta, aun cuando no exista vínculo contractual alguno con el consumidor. Ello, atento que como bien se expuso al citar el caso “Mosca”, la Corte expresamente dejó sentado que la protección alcanza a quien se encuentre en el ámbito de actuación y cuidado de los organizadores del emprendimiento. Esto implica que desde el momento en que el consumidor traspasa la línea municipal e ingresa al ámbito de propiedad privada del centro de consumo, ya comienza a regir el marco tutelante del artículo 42 de la Constitución Nacional y de la ley 24.240 con sus reformas (conf. Álvarez Larrondo, Federico M., “Los centros comerciales ante el derecho del consumo argentino”; en Picasso, Sebastián -Vázquez Ferreyra, Roberto A., Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada, 1a. ed., La Ley Buenos Aires, 2009, t. II, p. 597).-

Es por ello que, regida la cuestión de autos por la ley 24.240, el art. 5° de la ley 24.240 importa la imposición en cabeza del proveedor de una obligación de seguridad de resultado, consistente en garantizar al consumidor o usuario no sufrir daños en su persona o bienes en el ámbito abarcado por la relación de consumo (conf. mi voto en Libre del 19/5/2015 en expte. N° 10.858/10 y trabajos allí citados).-

En resumidas cuentas, de verificarse un daño al consumidor con motivo de la relación de consumo, para eximirse de responsabilidad, debía la accionada demostrar el acaecimiento del casus.-

**VII.-** Sentado lo expuesto, resulta ineludible analizar las probanzas arrojadas a estos actuados a fin de determinar la eventual procedencia de la



excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la entidad bancaria así como la responsabilidad que los quejosos le atribuyen.-

Tal como pusiera de manifiesto juez a quo, se encuentra acreditado que ambos demandantes, Andrés Adolfo Jaroslavsky y José Luis Olguin, en oportunidad en que se encontraban realizando trámites en la Sucursal 26 del Banco Francés, fueron “marcados” por un delincuente, quien a la postre sería identificado como un cómplice de los bandidos que intentaron apoderarse del dinero que, minutos antes, habían retirado de la entidad bancaria.-

En tal sentido, en los actuados tramitados en la instancia represiva se tuvo “por fehacientemente acreditado que el día 9 de septiembre de 2009, en horas del mediodía en la Avenida Jorge Newbery al 3820/23, el imputado Ramiro Ezequiel Chávez en connivencia con otros sujetos prófugos y mediante el empleo de armas de fuego, intentó apoderarse de la suma de \$5.000 que momentos antes Andrés Adolfo Jaroslavsky y José Luis Olguin habían retirado de la Sucursal 26 del Banco Francés, sito en la Avenida Santa Fe al 5000. Para ello, mientras estaban en el interior de la institución bancaria, Olguin y Jaroslavsky fueron “marcados” por uno de los cómplices de Chávez, siendo luego seguidos por el imputado y otros individuos hasta la empresa “Souch SRL”, ubicada en el sitio ya mencionado, al que Olguin ingresó mientras el imputado Chávez abordó a Jaroslavsky empuñando un arma de fuego. Al observar lo que estaba ocurriendo Olguin salió en defensa del nombrado comenzando un forcejeo con Chávez, oportunidad en la que otro de los asaltantes abrió fuego que fue repelido por Olguin, generándose entonces un tiroteo a raíz del que Jaroslavsky resultó seriamente herido en su rostro, dándose luego todos a la fuga en dirección a la calle Fraga” (conf. fs. 1100 vta. de los autos penales nro. 3396).-

A su vez, se dejó constancia que “los nombrados Ochoa y Moreira lograron establecer que efectivamente, mientras estuvieron en el Banco, los querellantes eran marcados por un individuo que se aprecia en las fotografías de fs. 123, así como también a partir del dato de la moto abandonada por uno de los acompañantes de Chávez, llegaron hasta esa misma persona, que también ubicaron por “Facebook” (conf. fs. 1103 de los actuados penales nro. 3396).-

Asimismo, se resaltó que “cuando Chávez aborda a Jaroslavsky le exige la cantidad exacta de dinero que había retirado del banco, lo que demuestra a las claras la existencia de la organización del grupo que actuaba en la emergencia” (conf. fs. 1103 de los actuados penales nro. 3396).-





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

Finalmente, el Tribunal resolvió “condenar a RAMIRO EZEQUIEL CHAVEZ, de las demás condiciones personales obrantes en el encabezamiento, por ser coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el empleo de armas de fuego en grado de tentativa en concurso real con portación de arma de guerra en calidad de autor, a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISION” (conf. fs. 1106 de los actuados penales nro. 3396).-

Ya en sede civil, presta declaración el testigo Ignacio Martín Ochoa. Declara que participó de la investigación de una salidera bancaria ocurrida el 9 de septiembre de 2009, “desde el momento del hecho hasta el juicio oral, encabezó la investigación.” (conf. fs. 335 de los autos nro. 15.489/11).-

Destaca que “lo que se hizo en este caso es tomar contacto, primero con la sucursal del banco y por medio de ellos los derivan a la parte central del banco. No sabe si será de seguridad central. Fue a unas oficinas en el microcentro. Ahí funcionaba la parte central de seguridad del Banco Francés. Previo pedido por nota de las imágenes de ese día del interior de la sucursal, un empleado jerarquizado del Banco Francés, les hizo entrega de las imágenes impresas del marcador. No recuerda si un CD. Esa oficina del Banco ya en conocimiento de lo que había pasado, se tomó el trabajo de buscar al marcador. Cree que le entregaron una copia en CD y a su vez ya las imágenes impresas de las cámaras del banco, donde se los podía ver a Olgúin a Jaroslavsky y al marcador. Ya con las imágenes en el sumario judicial, no tenían la identidad de la persona y a su vez en la investigación que estaban haciendo en la comisaría N° 29, en la que trabajaba el testigo, tenían secuestrada una moto la que había sido abandonada por los delincuentes después de herir a Jaroslavsky. De esa línea de investigación de la moto, luego de escuchas telefónicas, con la anuencia del fiscal citaron al titular de la moto, que era una mujer. La misma aportó documentación en la que constaba que esa moto le había sido vendido a un masculino de apellido Pasarelli. Ese hombre no tenía antecedentes en la policía. Lo buscaron en ese momento en Facebook y cuando ven la foto de portada de Facebook de Pasarelli, resultó que era la misma persona que estaba en le Banco Francés marcando a Jaroslavsky y a Olgúin. En la actualidad Pasarelli está con captura por el hecho en cuestión.” (conf. fs. 335 de los autos nro. 15.489/11).-

Al ser preguntado sobre cómo se comportaba el “marcador”, el efectivo policial manifiesta que “se lo ve en el interior del banco sin realizar ningún tipo de operación, se lo ve como los mira a Jaroslavsky y a Olgúin y cuando ellos salen de la línea de caja, según recuerda, es como si el marcador se quisiera ir del



banco pero como ellos van a hacer otro trámite antes de retirarse, el marcador se queda y después de que Olguín y Jaroslavsky se retiran él sale atrás.” (conf. fs. 335 vta. de los autos nro. 15.489/11).-

Interrogado sobre los parámetros que permiten individualizar a un “marcador” y, que diferencia hay entre este y un cliente, responde que *“pasa inadvertido muchas veces. En este caso no hizo ninguna operación y se lo ve mirando continuamente hacia la línea de cajas. Hacia Jaroslavsky y Olguín.”* (conf. fs. 335 vta. de los autos nro. 15.489/11).-

Asimismo, al contestar la octava pregunta, relativa a los recaudos que tomó la entidad bancaria ante la presencia de un “marcador” dentro de su sucursal, el testigo señala que *“por lo que se ve en la filmación no lo advirtieron al momento del hecho. Lo advirtieron después mediante las cámaras”* (conf. fs. 335 vta. de los autos nro. 15.489/11).-

A su vez, presta declaración Alberto Fabián Mercado. Del acta que luce a fs. 334 de los autos nro. 15.489/2011, surge que el testigo *“estaba en la puerta de la oficina, en la calle Jorge Newbery al 3800. Es donde funcionaba la parte operativa de la empresa Souch SRL. Estaba en la puerta y ve que llega Olguín con Andrés Jaroslavsky, que es otro de los dueños de la empresa. Estacionan el auto unos metros delante de donde estaba el testigo. Lo manejaba Olguín. El auto era un Peugeot 206 gris. Se bajaron y se dirigieron hacia la oficina. Olguín y el dicente iban a entrar a la oficina y el testigo escucha que detrás de él dicen que le den las 5 lucas que sacaron del banco. En ese momento da unos pasos hacia atrás y ve a Andrés (Jaroslavsky) que era apuntado por un hombre. Lo apuntaba con un arma. En ese momento el tipo ese le pega a Andrés y Olguín se cruza a trompadas con el tipo y el dicente no sabe en qué momento aparece una moto, que incluso luego quedó en el lugar, escucha tiros y entra a la oficina para buscar algo para repeler el fuego. Sale y ve que hay un tipo tirado en la calle. Cree que eran dos tipos porque en otro momento ve que había uno en la esquina de Fraga. Dos tipos eran seguro.”* (conf. fs. 334 de los autos nro. 15.489/2011).-

En tal sentido, se advierte que el “marcador” ingresa a la entidad bancaria, y transcurridos más de 20 minutos sin realizar trámite alguno, dedicándose solo a deambular y observar los movimientos de los clientes, se retira tras los pasos de los demandantes (conf. fs. 123/133 de la causa penal nro. 3396).-

En este estado, no cabe duda que el iter delictual se inició dentro de la sucursal del Banco Frances, y que esto fue posible gracias a la relajación de los controles de seguridad por parte de la accionada al no advertir el actuar delictivo.







Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

Así, la postura de la accionada relativa a su imposibilidad de ejercer el poder de policía fuera de su entidad pierde asidero en tanto el delito tuvo su origen dentro de sus instalaciones.-

Así, cabe señalar que el asalto a mano armada, luego de la salida de un banco, aun cuando éste ocurra a distancia del mismo no configura por sí solo una circunstancia eximente de responsabilidad, sobre todo teniendo en cuenta la frecuencia de este tipo de hechos, que los torna previsibles. Para considerar configurado un eximente, debe tratarse de situaciones excepcionales; por ejemplo, hechos de vandalismo, robos en banda, que son hechos abruptos y extraordinarios que no pueden resistirse (conf. Weingarten, Celia, “Responsabilidad de las empresas de seguridad”, p. 71, Editorial Rubinzal Culzoni).-

Desde este punto de vista, la modalidad de robo empleada por los delincuentes no puede ser alegada como un hecho imprevisible por la accionada. Resulta de público conocimiento que existen bandas que, aprovechándose justamente de las falencias de las entidades bancarias, ingresan a las sucursales con el único objetivo de “marcar” a los clientes para luego asaltarlos.-

Cabe memorar que la modalidad de “*salidera bancaria*” empleada por Chávez y sus secuaces, mereció el repudio absoluto de la sociedad como consecuencia del caso “Piparo”. Tal fue la repercusión del caso que derivó en el dictado de la ley 26.637 estableciendo mayores medidas de seguridad para los clientes.-

Resulta evidente entonces que existían otros medios para garantizar la seguridad de los clientes, los que fueron consagrados con posterioridad a través de la ley citada, la que sin que implique una aplicación retroactiva de la norma (art. 3 del Código Civil), evidencia el remedio legal para preservar el derecho a la privacidad y seguridad en las operaciones bancarias al disponer que en las entidades bancarias "Se deberá contar, acorde con la disposición y el diseño de cada local, con barreras visuales para la protección de la privacidad en las transacciones en la línea de cajas, de material que permita la visualización desde esa posición hacia el recinto de atención al público pero no a la inversa, sin que esto afecte el cumplimiento de las restantes medidas de seguridad contenidas en la presente reglamentación" (CNCom. Sala F, “De Luca c/ HSBC Bank Argentina SA y otro s/ ordinario del 8/8/2013 elDial.com-AA8172).-

Y en este contexto, cabe resaltar que las imágenes que permitieron identificar al malhechor fueron proporcionadas por el propio banco demandado.



Esto demuestra, en definitiva, que los medios necesarios para la debida protección de los clientes estaban disponibles, mas no fueron utilizados de forma adecuada.-

Así, se encuentra demostrado que la entidad bancaria no adoptó las medidas de seguridad necesarias y acordes a la actividad propia que desarrolla, las que hubieran evitado, o al menos dificultado, la maniobra delictiva que se estaba desplegando dentro de la sucursal.-

En este cuadro de situación, no puede dejar de apreciarse el particular servicio que presta la demandada y que en si mismo acarrea la imperiosa necesidad de celar por el cuidado y seguridad de sus clientes. Y la luz de los acontecimientos, este diligente actuar que debía procurar la entidad accionada no se corrobora en los hechos.-

Sentado lo expuesto, nótese que el Sr. Magistrado de la anterior instancia en reiteradas oportunidades dio por probado el incumplimiento del deber de seguridad por parte de la accionada (conf. fs. 880, 881, 884 y vta., 885 y 886), aunque consideró que la aparición del Sr. Olguin en escena fracturó el nexo causal entre la deficiente prestación del servicio bancario y las lesiones por las que ambos demandantes accionan.-

En este estado, corresponde aclarar que el nexo causal que debe ser analizado en las presentes actuaciones es el relativo a la responsabilidad que pudiera caberle a la demandada por haber facilitado el iter delictivo como consecuencia del incumplimiento del deber de seguridad. Ese es el nexo objeto de juzgamiento y no el que hace al comienzo de la balacera.-

Visto de este modo, el pronunciamiento recurrido desplaza el eje del análisis al momento puntual del intercambio de disparos. Sin embargo, lo que debe ser objeto de tratamiento en esta litis es si la falta de cumplimiento de los deberes de seguridad a cargo de la entidad bancaria contribuyó o facilitó el iter delictivo. Y la respuesta es que sí. Incluso, tal como se pusiera de manifiesto, el Sr. Magistrado de grado admite, no una sino varias veces, que existió una falencia en los deberes de seguridad que contribuyó en la tarea de los delincuentes. Y justamente ese nexo causal no está quebrado, ni se podría quebrar por una balacera posterior.-

Entendido de esta manera, lo que proponen los actores no es el análisis de la responsabilidad de los delincuentes en el acto delictivo. Lo que debemos merituar es la proposición que realizan relativa a la responsabilidad de la entidad financiera derivada del incumplimiento del deber de seguridad. Por ello, el nexo





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

causal al que erróneamente alude el Magistrado de grado no es que debe ser analizado en esta litis.-

Desde este punto de vista, la balacera posterior hará a la gravedad de las lesiones sufridas, mas no borra la responsabilidad del banco. Por ello, el origen del lamentable hecho que debieron sufrir los Sres. Jaroslavsky y Olguin tiene como punto de partida la desatención del deber de seguridad que debía procurar la entidad bancaria.-

En este entendimiento, con los elementos incorporados en estos actuados, así como los que surgen de los tramitados sede penal, se encuentra acreditada la relajación en los deberes de seguridad que permitió que uno de los integrantes de la banda delictiva pudiera, sin hacer un trámite en concreto, estudiar con notable facilidad los movimientos de los clientes dentro de la sucursal del Banco BBVA Francés.-

Dado el particular servicio que presta la accionada, el deber de seguridad que les debe a sus clientes se constituye como un elemento esencial en la relación que los une. El rol que ocupa la entidad financiera, justamente por la labor que desempeña, la diferencia de otros prestadores de servicios en cuanto a este central deber. Caso contrario, no existiría diferencia entre una sucursal bancaria y otro tipo de establecimiento comercial. Es por esto que el hecho que una persona deambulara sin destino concreto debió al menos llamar la atención, lo cual no ocurrió.-

Adviértase que, dentro de una sucursal bancaria, donde se manejan valores, un individuo sin propósito alguno y sin hacer trámite aparente realiza su “tarea de vigilancia” sin que nadie interfiera. Entonces, dada la modalidad de robo, la tarea desplegada dentro de la entidad era un eslabón no menor en el iter delictivo que concluyó en el lamentable hecho del día 9 de septiembre de 2009 que tuviera como víctimas a Jaroslavsky y a Olguin.-

En este punto, cabe señalar que, el banco privado, como profesional y protagonista de la planificación de sus funciones, se encuentra impedido de alegar, en general, el caso fortuito o de fuerza mayor como situaciones de imprevisión, dado que debe realizar una mayor evaluación de riesgos, lo que le permite advertir los inconvenientes funcionales propios de su actividad, como que cuando cualquier persona podía observar los movimientos de los clientes en la caja de la sucursal, un atraco a la salida del banco resulta previsible (CCivil, Sala H “Orce, Guillermo Daniel c/ Banco Superville; s/ Daños y Perjuicios. Ordinario”, Expte. n° 73376/2012, octubre de 2015 y sus citas).-



En base a lo expuesto, corroborado el incumplimiento del deber de seguridad y acreditada su incidencia en el iter delictivo que concluyó con el intento de asalto y lesiones que sufrieron los demandantes, forzoso es concluir que la entidad bancaria deberá responder por los daños sufridos por los accionantes.-

No obstante ello, la responsabilidad de la entidad financiera a la hora de estimar el alcance del derecho indemnizatorio habrá de ser analizada de acuerdo a estos límites, es decir a la incidencia causal que aquí se atribuye respecto de las consecuencias dañosas.-

En este entendimiento, propongo hacer lugar a la demanda, pero enmarcando el límite indemnizatorio a la incidencia en la responsabilidad que aquí se le atribuye a la entidad financiera.-

**VIII.-** Resuelta como fuera la cuestión relativa a la responsabilidad, corresponde ahora proceder al tratamiento de los rubros reclamados en los libelos de inicio.-

Corresponde señalar que la indemnización por incapacidad sobreviniente está dirigida a establecer la pérdida de potencialidades futuras, causadas por las secuelas permanentes y el resarcimiento necesario para la debida recuperación, teniendo fundamentalmente en cuenta las condiciones personales del damnificado, sin que resulte decisivo a ese fin el porcentaje que se atribuye a la incapacidad, sino que también debe evaluarse la disminución de beneficios, a través de la comparación de las posibilidades anteriores y ulteriores. A tal efecto, no pueden computarse las meras molestias, estorbos, temores, recelos, fobias, que casi siempre son secuelas propias de este tipo de acontecimientos (conf. Sala A, mi voto en libres n° 465.124, n° 465.126 del 12/3/07, n° 527.936 del 24/06/09, n° 583.165 del 12/04/12, n° 620.522 del 1/10/013, Exptes. n° 70.722/09 del 16/6/14, n° 9.379/12 del 01/10/15 y n° 91.585/2009 del 25/4/16, entre muchos otros).-

La incapacidad económica -o laborativa- sobreviniente se refiere a una merma de aptitudes que sufre el individuo para obtener lucros futuros, sea en las tareas que habitualmente suele desempeñar o en otras, es decir, una chance frustrada de percepción de ganancias (cfr. Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J.; "Tratado de la responsabilidad civil", La Ley, Bs. As., 2006, vol. "Cuantificación del Daño", p. 231 y ss.).-

En cambio, debe repararse en el aspecto laboral, la edad, su rol familiar y social; es decir, la totalidad de los aspectos que afectan la personalidad (conf. Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil", Obligaciones, T° IV-A, pág.





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

129, núm. 2373; Trigo Represas en Cazeaux-Trigo Represas "Derecho de las Obligaciones", Tº III, pág. 122; Borda, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones", Tº I, pág. 150, núm. 149; Mosset Iturraspe, Jorge "Responsabilidad por daños", Tº II-B, pág. 191, núm. 232; Kemelmajer de Carlucci, Aída en Belluscio-Zannoni "Código Civil Comentado, Anotado y Concordado", Tº V, pág. 219, núm. 13; Alterini-Ameal-López Cabana "Curso de Obligaciones", Tº I, pág. 292, núm. 652).-

Es cierto que la edad de la víctima y sus expectativas de vida, así como los porcentajes de incapacidad, constituyen valiosos elementos referenciales, pero no es menos cierto sostener que el resarcimiento que pudiera establecerse, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (conf. CNCiv. Sala "F", L-208.659, del 4/3/97, voto del Dr. Posse Saguier).-

Ello, por cierto, concuerda con las pautas de valoración establecidas en el art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por la ley 26.994, que comenzó a regir el 1º de agosto de 2015 (según la ley 27.077), en tanto que *"para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuentas las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación"* (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis "Código Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado", T VIII, pág. 528, comentario del Dr. Jorge Mario Galdós al art. 1746).-

En otro orden de ideas, el daño psíquico debe ser valorado junto con la incapacidad física porque los porcentajes incapacitantes padecidos por el damnificado repercuten unitariamente, lo cual en esos casos aconseja que se fije una partida indemnizatoria que abarque ambos aspectos porque, en rigor, si bien conformarían dos índoles diversas de lesiones, se traducen en el mismo daño, que consiste, en definitiva, en la merma patrimonial que sufre la víctima por la disminución de sus aptitudes y para el desempeño de cualquier trabajo o actividad productora de beneficios materiales (conf. CNCiv., Sala A, entre muchos otros, Libres nº 282.488 del 29-3-00, nº 352.640 del 8-10-02, nº 359.379 del 6-3-03, nº



367.687 del 24-6-03, n° 389.243 del 22-6-04, n° 400.335 del 11-8-04, n° 540.810 del 13-08-10).-

Adoptados estos principios, y a fin de decidir sobre la procedencia o no de la partida solicitada, deviene necesario analizar los informes periciales psicológicos y médicos obrantes en ambos actuados.-

El perito médico designado en los autos nro. 15.489/2011, Dr. Francisco Ramón Delgado, destaca que “a fs. 179, Causa Penal, Fotocopia de Informe Médico Legal, realizado el día 09/09/2009, por las Dra. H.H Salas de Luciani, médica, M.N. 87.990. Policía Federal Argentina. En el día de la fecha procedí a revisar a Olguin José Luis, militar retirado, domiciliado en la Capital Federal, de 54 años. Al momento del examen presenta hematoma y lesión en dorso de mano derecha y lesión en cara interna de tercio de muslo izquierdo que tendrían una evolución de menos de 24 horas que podrían haber sido producidas por golpes, choque o roce contra cuerpo y/o superficie dura y/o filosa. Consulta correspondiente a fin de saber si hay lesiones internas y así poder estimar tiempo de curación y evolución” (conf. fs. 530/531 de los autos nro. 15.489/2011).-

A su vez, señala que, conforme surge de la contestación de oficio del Hospital Militar Central, “no obran antecedente de atención de José Luis Olguin con fecha 09 set 09, en el servicio de urgencias” (conf. fs. 531 de los autos nro. 15.489/2011).-

De este modo, refiere que “el actor sufrió lesiones a consecuencia del hecho relatado en la demanda y que están descriptas únicamente en el Expte., en la Fotocopia del Informe Medico Legal (fs. 179) mencionado en Antecedentes Médico Legales” (conf. fs. 533 de los autos nro. 15.489/2011).-

Agrega que “en la ecografía de partes blandas de rodilla izquierda, región posterointerna se evidencia, acorde con la cicatriz superficial, lesión fibrótica de aspecto secuelar descripta” (conf. fs. 533 de los autos nro. 15.489/2011).-

De este modo, afirma que “a consecuencia del accidente de autos el actor presenta secuela física que le ocasiona una incapacidad parcial y permanente del 2%” (conf. fs. 536 de los autos nro. 15.489/2011).-

Sobre la faz psíquica del Sr. Olguin, expone la licenciada Verónica Adriana García que “conforme a la evaluación conjunta del material psicológico obtenido en el presente estudio psicodiagnóstico, se arriba a la conclusión de que el hecho investigado en autos puede ser calificado como un suceso externo que ejerció una acción accidental y sorpresiva” (conf. fs. 355 de los autos nro. 15.489/2011).-





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

Sin embargo, sostiene que “las técnicas de evaluación psicológica implementadas no arrojan indicadores compatibles con vivencia de daño que se vinculen causalmente con el hecho de marras. Todos estos elementos obtenidos de las técnicas psicológicas implementadas permiten suponer que el Sr. Olguin ha podido sobreponerse al impacto del hecho que se ventila en estas actuaciones, y tener a su disposición para su aprovechamiento los recursos psíquicos que posee conforme a la configuración de su estructura psíquica” (conf. fs. 356 de los autos nro. 15.489/2011).-

Concluye así que “a partir del material psicológico obtenido en el presente estudio, se observa en el Sr. Olguin una estructura de personalidad adaptada a la realidad. No se constatan consecuencias psicológicas disvaliosas producto del hecho referido en autos, por no presentar secuelas incapacitantes de orden psíquico compatibles con la figura de daño psíquico” (conf. fs. 356 de los autos nro. 15.489/2011).-

Agrega que “el hecho de marras fue una experiencia inesperadamente violenta que provino desde el exterior y ha impactado de manera tal en su psiquismo, que perdió el equilibrio y desarrolló conductas desconfianza al medio...Esto le genera una sensación de inseguridad, de desconfianza y vulnerabilidad con la que antes del hecho no convivía.” (conf. fs. 356 vta. de los autos nro. 15.489/2011).-

Indica así que “el Sr. Olguín, como queda dicho, posee la capacidad de movilizar recursos internos que están disponibles para sobrellevar situaciones adversas, motivo por el cual, a pesar del malestar, la angustia y la ansiedad que despertó el hecho delictivo que vivió no impactaron en su estructura psíquica de manera tal que se observe patología” (conf. fs. 356 vta. y 357 de los autos nro. 15.489/2011).-

En el caso del Sr. Andrés Adolfo Jaroslavsky, el perito médico legista Dr. Osvaldo A. Cuneo señala que “se ha detectado una hiposensibilidad en región peribucal y barbilla a predominio derecho. Ojo izquierdo: párpado más cerrado que el contralateral, más deprimido. Movilidad hombro derecho: si bien los rangos de movilidad son idénticos con el contralateral, hay dolor a llegar al grado máximo, cicatriz queiloide redondeada de unos 3/3,5 cm de diámetro. Cicatriz cuello: queiloide de unos 7 centímetros de longitud” (conf. fs. 603 de los autos nro. 17.776/2011).-

A su vez, agrega que “del examen semiológico y radiológico se deduce que el actor padece: amaurosis ojo izquierdo, secuela de fractura piso órbita,



*rama mandibular y macizo craneofacial, alteraciones sensitivas peribucal, alteración gustativa, cicatrices queiloide cuello, hombro” (conf. fs. 605 de los autos nro. 17.776/2011).-*

Por ello, sostiene que “el actor presenta incapacidad parcial y permanente laboral en relación a los hechos de la demanda, la cual la valoro en un: 63%” (conf. fs. 610 de los autos nro. 17.776/2011).-

En lo que respecta al plano oftalmológico, la Dra. María Eugenia Castello, describe que “como resultado del impacto sufrió fractura de maxilar derecho, malar izquierdo y herida grave de globo ocular izquierdo; y como consecuencia de este último pérdida de la visión de ese ojo irreversible, ptosis palpebral, pérdida del pliegue de la belleza que le genera una asimetría facial muy evidente. En referencia a la función visual del ojo no afectado el paciente presenta disminución de la acomodación lo que genera que necesite anteojos para poder tener una agudeza visual de 10/10 de lejos y de j1 de cerca, pérdida de la visión estereoscópica que sólo es posible cuando hay visión en ambos ojos, disminución del visual debido a falta de visión del ojo izquierdo, presentando una gran incapacidad visual, no solo por la pérdida del ojo izquierdo sino por los síntomas que presenta en el ojo derecho, fotofobia, dificultad en la acomodación, astenopia, como consecuencias del síndrome visual postraumático” (conf. fs. 682 de los autos nro. 17.776/2011).-

Asimismo, al responder los puntos de pericia propuestos por las partes, aclara que “como consecuencia del siniestro el actor presentó fractura de mandíbula derecha, malar izquierda y órbita izquierda, perforación de ojo izquierdo” (conf. fs. 682 vta.) y estima “una incapacidad del 52% utilizando el principio de capacidad restante, tomando en cuenta todas las lesiones sufridas como consecuencia del siniestro de autos” (conf. fs. 682 vta.).-

En función de lo expuesto, describe: “1-que el actor presenta como antecedente siniestro ocurrido el 9 de septiembre de 2009. 2- que como consecuencia del mismo presenta pérdida de agudeza visual del ojo izquierdo y alteración de la estructura ocular. 3- que como consecuencia de este requiere el uso de una prótesis cosmética ocular izquierda y que va a necesitar de la provisión de la misma por el resto de su vida. 4- que debido a la perdida de la agudeza visual del ojo izquierdo y como consecuencia del síndrome visual postraumático, presenta una importante disminución del campo visual, de la estereopsis y de la visión del ojo derecho. 5- que debido a la pérdida de la agudeza visual se ve alterada su vida general, capacidad de conducir un auto como monocular,







Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

dificultad al momento de practicar deportes y un daño estético importante. 6.-que como consecuencia del uso de prótesis ocular presenta cuadros de conjuntivitis a repetición.” (conf. fs. 684 de los autos nro. 17.776/2011).-

Luego, explica que “la mensura realizada es acordes ciencia, materia y designación en autos del órgano de la visión por lo cual en el 52% apreciado como incapacidad parcial y permanente no incluye partes óseas y o vecinas a dicho órgano” (conf. fs. 697 de los autos nro. 17.776/2011).-

Por su parte, la Dra. Nélide Noemí Parolari, perito odontóloga, informa que “recibió una herida de arma de fuego, que le produjo entre otras lesiones, la fractura del maxilar inferior derecho con orificio de entrada a nivel del gonion y orificio de salida en la órbita izquierda, que provoca, dolor y parestesia, permanente en la arcada dentaria inferior derecha por lo que la masticación la realiza con las arcadas dentarias izquierdas, lesión fonética, fractura del maxilar superior, etmoides y esfenoides, con dolor y, parestesia en región retronasal y etmoidal, pérdida del 3° molar superior derecho, cicatrices en el rostro y cuello” (conf. fs. 544 de los autos nro. 17.776/2011).-

Así, señala que “en el caso que nos ocupa debemos considerar la incapacidad funcional dada por la fractura del maxilar inferior, maxilar superior, etmoides, esfenoides y maxilar, pérdida del 3° molar superior, parestesia del sector derecho y las cicatrices de cara y cuello, que dan una incapacidad del 46,5% de la total obrera” (conf. fs. 544 de los autos nro. 17.776/2011).-

A su vez, se designó como especialista en Cirugía Plástica y Reparadora al Dr. Alejandro Suarez, quien en su informe refiere que en el “área dorsal derecha, sobre el omóplato derecho se observa gruesa cicatriz vertical que cruza las líneas de tensión de la piel y que mide 6,1 x 1,20 cm de tipo exuberante, indurada, dolorosa y pruriginosa, enrojecida, que palidece a la vitropresión comúnmente conocida como cicatrización patológica tipo queloides y en cuello derecho otra cicatriz de 1,1 cm de largo que cruza pliegues de tensión y de características (queloides) similar a la anteriormente descripta que tiene un ancho de 1 cm en la región de la articulación tèmpero maxilar una cicatriz redondeada (numular) de 1 cm de diámetro también queloides y subpalpebral izquierda de 3 cm atrófica hipopigmentada, y de tipo hialina. También presenta masticatoria y disminución de la apertura bucal, lesión de la zona infraorbitaria izquierda que le produce una insensibilidad permanente en ese hemilabio, secuelas de fractura de piso de orbita y de la rama ascendente del maxilar tipo conminuta, perdida completa de visión del ojo izquierdo por estallido del mismo y actualmente con una prótesis. A la



palpación se palpan induraciones y resaltos, este perito concluye que las cicatrices visibles de rostro son consideradas y en especial el 1/3 superior del rostro, donde están los ojos, que es donde se dirige generalmente la mirada al hablar con otra persona como deformación traumática de rostro” (conf. fs. 525 de los autos nro. 17.776/2011).-

Finalmente estima que estas lesiones “lo afectan laborativamente y en su vida de relación y este perito calcula según el Baremo general para el fuero civil Kvitko de 75% y de carácter permanente e irreversible” (conf. fs. 527 de los autos nro. 17.776/2011).-

Tal como lo ponen de manifiesto los expertos, cabe resaltar que las graves lesiones que padece el Sr. Jaroslavsky tienen implicancia tanto funcional como así también estética.-

Cabe destacar que el daño estético consiste en toda desfiguración física producida por las lesiones, sean o no subsanables quirúrgicamente, que pueden traducirse en un daño cuando inciden directamente en las posibilidades económicas del lesionado, es decir que sólo configura un daño patrimonial cuando por sí misma provoca un especial desmedro en las chances laborales conforme a la profesión de la víctima (conf. Llambías J.J., "Tratado de Derecho Civil- Obligaciones-" tº II-B, p. 364; Kemelmajer de Carlucci en Belluscio-Zannoni, "Código Civil Anotado...", Tomo 5, pág 221).-

En consecuencia, considero que en el presente caso la afectación que el reclamante presenta en el rostro y en particular en su visión, debe ser ponderada en esta partida y también en la correspondiente al daño extrapatrimonial.-

En lo que hace al aspecto psicológico, la Lic. Analía Verónica Miyar señala que *“el hecho de autos es compatible con el concepto psicológico de trauma, es decir que es un suceso externo, sorpresivo y violento en la vida de una persona caracterizado por su intensidad, la imposibilidad del sujeto para responder de modo adjetivo y los efectos patógenos duraderos que provoca en la organización psíquica. Es posible establecer que el Sr. Jaroslavsky, como reacción al impacto traumático producto del menoscabo en su integridad física, ha desarrollado conductas de aislamiento y evitación, sentimientos distímicos, alteraciones en la interacción familiar, social, laboral, y perturbaciones en el aprovechamiento de la energía psíquica; elementos todos que concluyen en una profunda perturbación del equilibrio psíquico y su vínculo con el mundo exterior”* (conf. fs. 493 de los autos nro. 17.776/2011).-





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

En lo que refiere al hecho de marras *“es posible establecer que el cuadro psíquico que en la actualidad presenta el peritado obedece a un trauma complejo y que guarda un nexo causal directo con los sucesos que se investigan”* (conf. fs. 493 de los autos nro. 17.776/2011).-

Sostiene la experta que *“el estado psíquico actual del Sr. Jaroslavsky muestra estar consolidado, ya que las alteraciones perduran a pesar de haber transcurrido más de tres años desde que acaecieron los hechos que promueven las presentes actuaciones”* (conf. fs. 493 de los autos nro. 17.776/2011).-

En cuanto a la estimación de la merma laborativa, *“conforme al Baremo de los Dres. Mariano N. Castex y Daniel H. Silva, el Sr. Jaroslavsky presenta un cuadro de Síndrome de Estrés Postraumático con manifestación fóbica, distímica de grado Severo, lo que representa un porcentaje del 30% de incapacidad psíquica”* (conf. fs. 493 de los autos nro. 17.776/2011).-

Cabe destacar que, al contestar las impugnaciones que mereciera su informe, la perito psicóloga informa que *“el carácter de permanente de la incapacidad queda demostrado por el empeoramiento del estado psíquico del actor, con toda la sintomatología informada, habiendo pasado años desde el accidente que provocó el devenir de estado psicológico del mismo. La sintomatología del peritado es actual al momento de la evaluación. Hay signos de patología psíquica severa y no resulta excesivamente elevado el porcentaje asignado, sino que corresponde al hecho estudiado: El actor ha sufrido un accidente que le ha significado la pérdida de un ojo, y se ha desarrollado en él una patología severa que lo lleva a sintomatizar con fobia, paranoia, estrés, aislamiento, pérdida de la concentración, inseguridad en el trabajo por lo cual también comenzó a perder su potencialidad empresarial”* (conf. fs. 764/765 de los autos nro. 17.776/2011).-

Ahora bien, no enerva lo expuesto por los idóneos las observaciones que merecieran sus dictámenes, pues estimo que los peritajes se encuentran suficientemente fundados en principios técnicos que no han logrado ser desvirtuados al momento de formular las impugnaciones que se configuran como meras apreciaciones subjetivas, insuficientes para conmovir las conclusiones que arrojan los informes periciales.-

A su vez, el estudio técnico realizado por un perito oficial o designado de oficio goza de una presunción de imparcialidad. De allí, entonces, que frente a dos dictámenes dispares sobre el punto en examen corresponda inclinarse, en principio, por el producido por el experto designado de oficio. Es que si bien el



consultor técnico es también un especialista, se diferencia del perito, en sentido estricto, en la circunstancia de que, mientras éste reviste el carácter de un auxiliar del juez o tribunal y, por lo tanto, adquiere su condición procesal a raíz del nombramiento judicial y de la subsiguiente aceptación del cargo, el consultor técnico es un verdadero defensor de la parte, quien lo designa para que la asesore en los ámbitos de la técnica ajenos al específico saber jurídico. Por ello, aquél presenta una figura estrictamente análoga a la del abogado, y opera en el proceso a la manera de este último, por lo cual debe comprendérselo en el amplio concepto del defensor consultor (conf. Palacio, L.E., "Estudio de la Reforma Procesal Civil y Comercial. Ley 22.434", pág. 159. Apart.d; véase en ese mismo sentido CNCiv. Sala "F" en causa libre n° 138.822 del 25/04/1994, entre muchas otras).-

Por ello, habré de otorgar a los informes periciales la fuerza probatoria del art. 477 del Código Procesal, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 386 del mismo cuerpo legal.-

En este sentido, corresponde aclarar que la calidad del peritaje médico legal es de suma importancia, ya que en el informe que brinda el médico, ya sea oral o escrito, el inicial o el definitivo, se basará la Autoridad Judicial como eventual elemento de prueba para considerar y dictar sentencia. Este estriba en una presunción concreta, de que el perito es sincero, veraz y su dictamen con toda probabilidad acertado. Se lo presume honesto, capaz y experto en la materia a la que pertenece el hecho sobre el cual dictamina. Existen dos motivos para la admisión de la fuerza probatoria: presupuesto de que el perito no cae en el error, y por otro lado, el presupuesto de que no tiene intención de engañar. El dictamen sirve entonces para brindar mayor o menor fe sobre la existencia de las cosas objeto del mismo (conf. Virginia Berlinerblau - Claudia Moscato, "Calidad del Dictamen Médico Legal: Herramientas para su Valoración" en "La Prueba Científica y Los Procesos Judiciales", págs. 44/45; Academia Judicial Internacional; La Ley; 2006).-

De este modo, en esta clase de pleitos en que se debaten cuestiones ajenas al ordinario conocimiento de los jueces, la pericia médica adquiere singular trascendencia de modo que tanto los hechos comprobados por los expertos, como sus conclusiones, deben ser aceptados por el Sentenciante salvo que se demuestre la falta de opinión fundante o de objetividad, para lo cual quien impugna debe acompañar la prueba del caso, pues al respecto ni el puro disenso, ni la opinión meramente subjetiva del impugnante podrían ser razonablemente atendibles para





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

poner en tela de juicio la eficacia del dictamen. Por el contrario, se requiere para ello demostrar fehacientemente que el criterio pericial se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (conf. Sala A, voto del Dr. Jorge Escuti Pizarro publicado en L.L. 1991-A-358; Palacio-Alvarado Velloso, “Código Procesal...” tomo 8, 538/9 y sus citas; Morello-Sosa-Berizonce, Códigos Procesales...” T. V-B, pág. 455 y sus citas; Falcón, “Código Procesal...”, pág. 416 y sus citas, entre otros).-

En otro orden de ideas, corresponde destacar el criterio jurisprudencial que relativiza el valor probatorio de los porcentajes de incapacidad, porque si bien constituyen un dato de importancia a los efectos de orientar al juzgador, lo cierto es que no obligan a éste, a quien, en definitiva, lo que le interesa a los fines de precisar la cuantía resarcitoria es determinar previamente la medida en que la disfunción puede repercutir patrimonialmente en la situación de la víctima, a cuyo fin no podría sujetárselo a estrictas fórmulas matemáticas que, en general, no son aptas para traducir fielmente el verdadero perjuicio que el ilícito provocó en el damnificado (conf. Sala A, L. n° 250.357 del 4/2/99, L. N° 509.931 del 07/10/08, L. N° 585.830 del 30/03/12, L. N° 615.638 del 12/08/13, Exptes. N° 93.402/11 del 09/05/14 y N° 107.170/2006 del 01/10/2015, entre otros).-

En este sentido, el Máximo Tribunal sostuvo que aunque los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos constituyen un elemento importante a considerar, no conforman una pauta estricta que el juzgador deba seguir inevitablemente, ya que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las demás consecuencias que afectan a la víctima (C.S.J.N., Fallo: 310:1826).-

Para una cabal justipreciación de la partida, deben considerarse también las condiciones personales de las víctimas. En el caso de Andrés Adolfo Jaroslavsky, a la fecha del siniestro tenía 30 años, casado, convive con sus dos hijos menores y se desempeñaba como empleado de seguridad. En el caso de José Luis Olguin, tenía 54 años, convive con su esposa y se desempeñaba como empleado de seguridad (conforme constancias de autos y de los incidentes de beneficio de litigar sin gastos).-

En virtud de todo lo expuesto, y teniendo en consideración la incidencia causal que le cupo a la aquí demandada en el hecho de marras, debería reconocerse por esta partida la suma de Pesos Doscientos Ochenta Mil (\$280.000)



a favor de Andrés Adolfo Jaroslavsky y, la de Pesos Seis Mil (\$6.000) para el caso de José Luis Olguin.-

**IX.-** El daño moral puede ser definido como la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más grandes afectos, a lo que se puede agregar que, ya sea que se caracterice como la lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales o como el que no menoscaba al patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley o el que se infiere a los sentimientos, a la integridad física o intelectual, o a las afecciones legítimas, es decir que se causa a los bienes ideales de las personas, es condición esencial para esa indemnización que él exista o se haya producido (conf. Llambías, Jorge Joaquín ob. cit. tº I, pág. 271, núm. 243; Cazeaux en Cazeaux-Trigo Represas, ob. cit. tº I, pág. 215; Mayo en Belluscio-Zannoni ob. cit. Tº II, pág. 230; Zannoni, Eduardo "El daño en la responsabilidad civil", pág. 287, núm. 85; Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", pág. 179, núm. 556/7; Orgaz, Alfredo "El daño resarcible", pág. 223, núm. 55).-

Si bien pertenece al sagrado mundo subjetivo de los damnificados, para su reparación económica debe traducirse en una suma dineraria y no resulta sencillo determinar su *quantum*; para ello debe tenerse en consideración las circunstancias del hecho, la persona de la víctima y el daño sufrido en los valores mencionados. Corresponde, pues, concluir que el daño no puede medirse en razón de las secuelas que denuncia la víctima, pues debe tenerse en cuenta en qué medida los padecimientos ocasionados pudieron haber significado un grado de afectación y quebrantamiento espiritual (conf. Sala A, mi voto en Libres n° 466.988 del 19/3/07, n° 464.517 del 03/11/08, n° 586.773 del 02/12/11 y n° 618.012 del 03/09/13, entre otros).-

Pueden destacarse dos cualidades en el daño moral: primera, que él supone, no sólo el dolor de afección, sino también el que resulta de cualquier atentado a la integridad de la persona humana: dolor físico, perjuicio estético. Segunda, que el daño moral debe ser el resultado de un ataque a los derechos de la personalidad, a su patrimonio moral, sea directa o indirectamente, sin que obste a ello la circunstancia de que a la par de él se produzca un perjuicio material para la víctima (conf. Acuña Anzorena, Arturo, "La reparación del agravio moral en el Código civil", La Ley, t. 16, n° 532).-





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

En la especie, los demandantes se vieron envueltos en un acontecimiento repentino y por demás violento que dejó secuelas incapacitantes que deberán sufrir a lo largo de sus vidas.-

Asimismo, resulta ineludible señalar que en el caso del Sr. Jaroslavsky, debió sufrir un imponderable dolor tanto en el plano físico como emocional y atravesar varias intervenciones quirúrgicas, todo ello producto del hecho de marras.-

En virtud de lo expuesto, teniendo en consideración el sufrimiento e incordios que un hecho como el de autos pudo generarle los actores, la atención recibida que dan cuenta los antecedentes médicos del Hospital Militar (conf. fs. 384/387) de la Clínica Maternidad Suizo Argentina (conf. documentación reservada en D-88) y la causa penal nro. 3396 (conf. fs. 179), y haciendo uso de las facultades que me otorga el art. 165 del Código Procesal, estimo adecuado otorgar por esta partida la suma de Pesos Doscientos Veinte Mil (\$ 220.000) para Andrés Adolfo Jaroslavsky y la de Pesos Sesenta Mil (\$ 60.000) en el caso de José Luis Olguin, ello en consideración a la incidencia causal que le cupo a la aquí demandada.-

Ello, sin pasar por alto que la evaluación del perjuicio moral constituye una tarea delicada, ya que no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior como en principio debe hacerse de acuerdo al art. 1083 del derogado Código Civil –noción que actualmente se encuentra receptada en el art. 1740 del Código Civil y Comercial–. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata sólo de dar algunos medios de satisfacción, lo que no es igual a la equivalencia. Sin embargo, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, dolor físico, los padecimientos propios de las curaciones y actuales malestares subsistentes (conf. CNCiv., Sala F, en autos “Ferraiolo, Enrique Alberto c/ Edenor S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, voto de la Dra. Elena Highton de Nolasco, del 6/9/2000; CSJN, en autos “Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros” del 12/04/2011, Fallos: 334:376).-

Es que, cuantificar este daño es tarea ardua y responde a una valuación necesariamente subjetiva por tratarse de daños insusceptibles de ser apreciados cabalmente en forma pecuniaria. La valoración de los sentimientos presuntamente afectados debe ser hecha por el Juez en abstracto y considerando objetivamente



cuál pudo ser el estado de ánimo de una persona común colocada en las mismas condiciones concretas en la que se halló la víctima del acto lesivo. Se llega así a la determinación equitativa de la cuantía de este daño no mensurable (conf. Bustamante Alsina, Jorge “Equitativa valuación del daño no mensurable”, publicado en “Responsabilidad Civil-Doctrinas Esenciales-Partes General y Especial”, dirigido por Félix A. Trigo Represas, T° III, pág. 689).-

X.- Corresponde ahora analizar los medios probatorios que hacen a la partida por tratamientos futuros, la que no debe ser computada dentro de la incapacidad sobreviniente, pues se trata de un rubro autónomo que debe ser, o no, reparado de acuerdo las constancias obrantes en la causa.-

Al respecto, la perito psicóloga designada en los autos promovidos por el Sr. Jaroslavsky recomienda *“la realización de un tratamiento psicológico individual con el propósito de propender a la elaboración psíquica del trauma sufrido y evitar su posible agravamiento. Si bien suele ser difícil establecer la duración del mismo, ya que depende de la reacción de cada sujeto, se puede estimar que el mismo deberá tener una extensión aproximada de por lo menos tres años. La frecuencia de sesiones quedará bajo criterio del profesional actuante aunque se estima como conveniente una frecuencia de 2 veces por semana”* (conf. fs. 493 vta. de los autos nro. 17.776/2011).-

Por el contrario, la licenciada Verónica Adriana García, señala que el Sr. Olguin *“no presenta patología psíquica, motivo por el cual no debe realizar tratamiento psicoterapéutico”* (conf. fs. 357 vta. de los autos nro. 15.489/2011).-

Comprobada la responsabilidad como se encuentra en autos, forzoso es concluir en el deber del accionado de cargar con las erogaciones de una terapia psicológica que contribuya a sobrellevar las secuelas conflictivas sobrevinientes (conf. Sala A, “Leiva, Natividad c/ Petroa, Raúl R s/ daños y perjuicios”, 19/06/97; mi voto en libre n° 509.931 del 07/10/08 y libre n° 589.456 del 9/3/12, n° 604.748 del 05/02/13 y n° 626.635 del 09/05/14 y Expte. n° 61.008/2011 del 05/08/15, entre otros).-

Por otra parte, corresponde señalar que los gastos por tratamientos psicológicos, por su propia naturaleza, deben ser especialmente resarcidos, más allá de que exista cobertura por una obra social, ya que es menester una afinidad entre el paciente y el profesional interviniente, que hace al propio éxito del tratamiento, motivo por el cual es necesario garantizar la libre elección del facultativo que los realice (conf. CNCiv. Sala F, en causa libre n° 437.990 del 17/04/2006, entre otras). El mismo criterio, como es de obviedad, debe aplicarse







Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

con respecto a los tratamientos gratuitos brindados por los hospitales o instituciones públicas.-

En plano físico, el Dr. Francisco Ramón Delgado, recomendó para el caso del Sr. Olguin, la realización de *“fisioterapia de la zona afectada a razón de 2 sesiones semanales durante 3 meses”* (conf. fs. 535 de los autos 15.489/2011).-

En el caso del Sr. Jaroslavsky, la perito odontóloga, luego de informar que producto del siniestro el demandante sufrió la pérdida del 3° molar superior, dictaminó que el costo del implante ronda los \$3.000 (conf. fs. 514 de los autos nro. 17.776/2011).-

A su vez, el Dr. Alejandro Suárez, perito en cirugía plástica y reparadora, destaca que las secuelas pueden ser tratadas *“mediante varias cirugías de carácter estético, pero nunca restituirán al actor a su condición previa al ataque, estas cirugías pueden ser tratadas con un costo global de aproximadamente \$55000 (cincuenta y cinco mil pesos) y además la deformación de rostro y la visión estética de su ojo derecho son todas de tipo irreversible”* (conf. fs. 527 de los autos nro. 17.776/2011).-

En ese sentido, el perito médico Dr. Osvaldo A. Cuneo, agrega que *“el actor podría realizar algún tratamiento dermatológico/estético por sus cicatrices, y rehabilitación de su trastorno del maxilar inferior, este perito no puede a prima facie determinar valores ya que dependerá que practica se le indican”* (conf. fs. 611 de los autos nro. 17.776/2011).-

A su vez, señala que *“según estado al momento del examen pericial, se debe indicar tratamiento kinesiológico, 3 veces por semana por un período entre 4/5 meses y evaluar evolución”* (conf. fs 660 de los autos nro. 17.776/2011).-

Finalmente, la perito oftalmóloga destaca que *“actualmente el actor se encuentra cursando las secuelas de siniestro. Desde la especialidad va a requerir recambio de la prótesis ocular cada 1,5 a 2 años debido a modificaciones que se puedan producir en la cavidad orbitaria y debido al desgaste por el uso, durante toda su vida. Quizás pueda requerir en un futuro alguna cirugía reconstructiva de párpados y cavidad orbitaria. Los costos de una prótesis son de 18000 pesos hoy. Cada vez que lo recambie, gastos en líquidos para mantenerla en condiciones, 3000 pesos por año, gotas lubricantes y antibióticos 2500 pesos al año, durante toda su vida. Cirugía párpados y cavidad ocular, 30.000 pesos argentinos”* (conf. fs. 683 de los autos nro. 17.776/2011).-

En cuanto a la necesidad de realizar una nueva cirugía, afirma que *“no por el momento, pero puede requerirla en el futuro debido a los cambios*



*naturales que va a ir teniendo con el paso de los años, modificaciones en la cavidad orbitaria, mala posición de los párpados. Los costos pueden ser muy variables, considero 30000 pesos un valor estimado” (conf. fs. 683 de los autos nro. 17.776/2011).-*

A partir de lo informado por los expertos, y merituando la incidencia causal que aquí se le atribuye a la accionada, debería otorgarse por la partida bajo estudio la suma de Pesos Ochenta Mil (\$ 80.000) para el caso del Sr. Jaroslavsky y la de Pesos Dos Mil (\$2.000) para el caso del Sr. Olguin.-

**XI.-** Respecto a los gastos médicos, de farmacia y traslado, comparto el criterio en el sentido que no resulta necesaria la acreditación concreta y específica de los gastos en cuestión cuando su erogación se presume en orden a las características del caso. Así lo establece el segundo párrafo del art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación al disponer que “se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad”.-

Asimismo, es sabido que este tipo de erogaciones son admisibles aun cuando la atención haya sido prestada en hospitales públicos o por una obra social, toda vez que de ordinario, ni uno ni otra cubren la totalidad de los gastos en que incurren los pacientes (conf. Sala A, L. n° 110.732 del 26/11/92, L. n° 142.552 del 18/5/94, L. n° 613.345 del 4/6/13 y L. n° 615.229 del 11/7/13 y Expte. n° 78.806/2010 del 9/6/2015, entre otros).-

Así pues, teniendo en consideración las constancias agregadas a las actuaciones en estudio, en función de las dolencias padecidas por los demandantes que dan cuenta las constancias de la causa penal nro. 3396 (conf. fs. 179), del Hospital Militar (conf. fs. 384/387 de los autos 17.776/2011) y Clínica Maternidad Suizo Argentina (reservada en legajo D-88), debería admitirse la presente partida por la suma de Pesos Quince Mil (\$15.000) en el caso de Jaroslavsky y la de Pesos Mil (\$1.000) para Olguin, en función de la incidencia causal que aquí se atribuye a la demandada.-

**XII.-** El lucro cesante se refiere a la utilidad o ganancia de que se ha visto privada la víctima como consecuencia de no haber podido realizar sus tareas normales. El lucro cesante no puede presumirse, debiendo ser objeto de prueba, es decir, que para su procedencia se requiere una demostración cierta del perjuicio experimentado, el cual debe ser real y efectivo y no supuesto o hipotético (conf. Sala A, mi voto en libre N° 621.441 del 21/10/2013, entre otros).-





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

Asimismo, la prueba debe estar además dirigida a acreditar el lapso durante el cual se habría visto privada la víctima de realizar actividades lucrativas.-

En tal sentido la perito médica oftalmóloga señala que “según la información que consta en autos debió permanecer internado 10 días, reposo absoluto por un mes post internación hasta la recuperación de las intervenciones quirúrgicas y en mi opinión 30 días más posteriores a la cirugía reparadora de párpados” (conf. fs. 683 de los autos nro. 17.776/2011).-

A su vez, la merma económica se encuentra corroborada por la contestación de oficio de Souch S.R.L. en tanto informa que el Sr. Jaroslavsky “desempeña tareas de atención al cliente, entrevistas con directivos de empresas para ofrecer los servicios, captación de nuevos clientes, el actor ingresó a Souch SRL el 12/01/2009 con una remuneración de peso cinco mil (\$5000) más comisiones por ventas, las tareas incluían la atención al público. Con posterioridad a septiembre de 2009, el Sr. Jaroslavsky no continuo haciendo las mismas tareas, ya que no volvió a la calle a captar clientes nuevos; y desde septiembre de 2009 el Sr. Jaroslavsky dejó de percibir las comisiones por ventas, conservando sólo su sueldo básico, razón por la cual sus ingresos se vieron disminuidos” (conf. fs. 332 de los autos. Nro. 17.776/2011).-

Dicha reducción en sus ingresos se ve corroborada con las copias de los recibos acompañados. En tal sentido, al contestar el requerimiento, la empresa accionada acompañó los recibos de sueldo correspondientes a julio, agosto y septiembre de 2009 y marzo, abril y, mayo de 2010, lo que permite presumir que durante los meses de octubre a febrero el demandante no percibió suma alguna como remuneración.-

A partir de lo expuesto, existe prueba concreta que abona la procedencia del presente rubro en tanto se encuentra acreditada la disminución en los ingresos con posterioridad al siniestro de marras.-

En base a ello, en virtud de la facultad que me confiere el art.165 del rito y teniendo en consideración la incidencia causal que le cupo a la accionada, considero prudente fijar por esta partida la suma de Pesos Veinticinco Mil (\$ 25.000).-

**XIII.-** Al presentarse en ambas causas, la citada en garantía ACE Seguros S.A. reconoció su condición de aseguradora de la accionada BBVA Banco Francés S.A., mas invocó la existencia de una franquicia.-



Cabe poner de resalto que los accionantes manifestaron expresamente su voluntad de que se declare la inoponibilidad de la franquicia (conf. fs. 187 vta./188 vta. de los autos 17.776/2011 y 150 vta./151 vta. de los actuados nro. 15.489/2011).-

En vista de las posiciones asumidas por las partes, cabe señalar que el asegurador no debe indemnizar cualquier daño sufrido por el asegurado sino solamente aquellos que se ajusten a la cobertura ofrecida por el respectivo contrato de seguro y hasta los límites allí establecidos. De lo contrario, se estaría afectando la relación técnica entre prima y riesgo y en consecuencia también al "fondo de primas" y a la capacidad del asegurador de pagar con dicho fondo los siniestros que afecten a sus asegurados (conf. López Saavedra, Domingo M, "Ley de Seguros Comentada y Anotada", nota nro. (599), comentario al art. 61, ed. La Ley, pág. 293).-

En el sentido indicado, tiene expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que no hay razón legal para limitar los derechos del asegurador prescindiendo de los términos del contrato de seguro, que la ley reconoce como fuente de la obligación y al que se halla circunscripto el alcance de su responsabilidad (CSJN, 27/12/1996, "Tarante, C. c. Eluplast S.R.L., La Ley, 1997-C, 995, J. Agrup., caso 11.557). Por lo tanto, le son oponibles al tercero o, si se prefiere, le afectan o se halla enmarcado, por determinadas estipulaciones negociales precisamente por haber sido extraño al contrato.-

A su vez, cabe señalar que el fundamento básico del franquicia o descubierto obligatorio consiste en estimular el interés del asegurado en la no realización de riesgo cubierto a través de la imposición de una mayor diligencia en evitar la verificación del siniestro pues de lo contrario deberá afrontar una parte del daño ya sea una primera fracción del mismo o una suma determinada por anticipado de dónde la franquicia contribuiría a moralizar el contrato de seguro especialmente en los dominios de seguros contra la responsabilidad civil donde se han reprochado al asegurado su indiferencia por los daños causados a terceros (Picard, M – Besson, A., Les Assurances Terrestres, L.G.D.J., Paris 1982, T.I, N° 179, págs. 293 y sigs., en Rubén S. Stiglitz, Derecho de Seguros, Derecho de Seguros 4ta Ed., Buenos Aires, La Ley, 2004).-

Bajo este contexto, en caso de existir responsabilidad del asegurado, corresponde admitir el emplazamiento de la empresa aseguradora en los términos del art. 118 de la ley 17.418, es decir, con la limitación de cobertura establecida en el contrato de seguros (conf. Sala A, libre nro. 348.737 del 20/3/03, n° 405.527





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

del 11/4/05, 421.104 del 15/4/05; Sala G, libre n° 403.902 del 12/11/04, entre otros).-

Es por ello, que el planteo articulado por los demandantes, referido a la inoponibilidad de la franquicia, no habrá de tener favorable acogida.-

**XIV.-** En cuanto a la tasa de interés a aplicar, de acuerdo a lo establecido por la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Civil en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios" del 20/04/09, sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.-

Empero, de imponerse esos intereses desde el origen de la mora, se consagraría una alteración del capital, configurando un enriquecimiento indebido, tal como puntualmente prevé la parte final de la referida doctrina plenaria, al contemplar una excepción a la vigencia de la tasa moratoria legal. Ello así, en la medida de que uno de los factores que consagran la entidad de la referida tasa, lo constituye la paulatina pérdida de valor de la moneda, extremo que en la especie se pondera al definir el capital a los valores vigentes.-

No obstante lo expuesto, el flamante art. 768 del Código Civil y Comercial obliga en los supuestos como el de autos -en los que no existe convención ni leyes especiales (incs. a y b)- a liquidar intereses moratorios de acuerdo a las "tasas que se fijen según la reglamentación del Banco Central". Entonces, respecto de los intereses que fluyan con posterioridad al 1 de agosto de 2015 –entrada en vigencia del nuevo ordenamiento- debe regir una tasa de interés que haya sido aceptada por el Banco Central, cumpliendo tal requisito la tasa activa prevista en la citada doctrina plenaria. Y si bien lo resuelto por las salas de esta Cámara en pleno perdió obligatoriedad ante la derogación del art. 622 del Código Civil, los motivos que derivaron en la implementación dicha tasa bancaria se mantienen aún vigentes e, inclusive, reafirmados por la sanción de la Ley n° 26.994.-

Por ello, correspondería que desde el inicio de la mora (9 de septiembre de 2009) y hasta la fecha de entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (1 de agosto de 2015), se calculen los intereses a la tasa de interés del 8% anual, que representan los réditos puros y, desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.-

Debe hacerse la salvedad, respecto a las sumas otorgadas en concepto de tratamientos futuros, debiendo éstos computarse desde la fecha de la sentencia y



hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.-

**XV.-** En lo referente al planteo de inconstitucionalidad de la ley 24.432, cabe señalar que sobre el monto contenido en la sentencia o transacción se aplica la alícuota del 25% y se procede a confrontar el resultado de esa operación con la suma de todos los honorarios tanto, de los letrados como de los auxiliares actuantes, pero sin tener en cuenta los emolumentos de los profesionales que asistieron al condenado en costas.-

Ello así, de comprobar la superación del tope legal establecido, no quedaría otro remedio que reducir el monto de los honorarios de los beneficiarios involucrados, hasta respetar ese techo legal. Es lo que la ley ha denominado bajo el nombre de prorrateo y que si bien no trae ninguna pauta para su aplicación, comprobada la superación del 25% del monto de la sentencia, el juez debe comenzar un proceso de reducción proporcional en cada crédito hasta alcanzar el tope legal, explicitando el proceso intelectual jurisdiccional que lo ha inspirado. Es decir, debe consignarse no sólo la retribución de cada acreedor procesal en función del arancel sino también el cálculo reductivo a prorrata. Esto, en la inteligencia que el prorrateo debe proponerse recién en la etapa de ejecución de sentencia (conf. Sala A, H. 437.984 del 8/9/05; id. Sosa E. Toribio “Costas: La ley 24.432 y el tope del 25%, pub. en L.L. del 9/6/09).-

Así las cosas, se advierte que no es el momento oportuno para resolver la cuestión planteada, la cual habrá de ser objeto de debate en la oportunidad antes aludida.-

En definitiva, en la instancia de grado y en el marco de la ejecución de sentencia, cuando se tengan cuantificadas el crédito resarcitorio y los honorarios, deberá atenderse el planteo articulado por los accionantes.-

**XVI.-** De conformidad con lo establecido por el art. 279 del Código Procesal, debería también adecuarse la imposición de costas dispuesta en la anterior instancia, las que, de acuerdo al principio objetivo de la derrota, deberían quedar a cargo del condenado (art. 68 del Código Procesal).-

Por lo demás, la alusión efectuada por la firma aseguradora en punto a la existencia de plus petición inexcusable, en modo alguno resulta admisible. Es que la *plus petitio* no es por sí suficiente para la eximición de costas, en tanto es preciso que el demandado haya admitido el monto hasta el límite establecido en la sentencia y, además, debe ser inexcusable, es decir, importar una pretensión





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

mucho mayor de la debida a sabiendas o por negligencia grave (art. 72 del ordenamiento ritual); requisitos que en la especie no se encuentran reunidos.-

Adúnase a ello que en los juicios en los que se reclama el pago de daños y perjuicios provenientes de un hecho ilícito, cuya determinación depende en definitiva del arbitrio judicial o del juicio pericial, no se da el supuesto de plus petición inexcusable, desde que el exceso en la simple estimación del valor del daño reclamado, no puede repercutir en la decisión sobre las costas (conf. Fassi, Santiago C. y Yáñez, César D. "Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado", t. 1, pág. 446, núm. 4°).-

**XVII.-** Voto, en definitiva, para que se revoque la sentencia apelada, haciendo lugar a las demandas entabladas por Andrés Adolfo Jaroslavsky y José Luis Olguin, contra BBVA Banco Francés S.A. y se condene a esta a pagar, en el plazo de diez días, la suma total de Pesos Seiscientos Veinte Mil (\$ 620.000) para el primero y, la de Pesos Sesenta y Nueve Mil (\$ 69.000) para el segundo, con más los intereses que se liquidarán en la forma establecida en el punto XIV del presente voto. Asimismo, deberían hacerse extensivos los efectos de la condena a la citada en garantía ACE Seguros S.A., en la medida del seguro.-

De conformidad con lo establecido por el art. 279 del Código Procesal, debería también readecuarse la imposición de costas dispuesta en la anterior instancia, las que de acuerdo al principio objetivo de la derrota deberían quedar a cargo de los accionados y la aseguradora vencidos (art. 68 del Código Procesal).-

Por la misma razón antes apuntada, las costas devengadas en esta Alzada se imponen a la emplazada y a la citada en garantía.-

La regulación de los honorarios profesionales debería diferirse para cuando se haga lo propio en la instancia de grado.-

El Sr. Juez de Cámara doctor Osvaldo Onofre Álvarez dijo:

Adhiero a la solución propiciada por el vocal Dr. Ricardo Li Rosi, exceptuándose la decisión arribada en lo que atañe al régimen de intereses allí pautado.

Así pues, y en atención al criterio de la Sala que integro y que brevitatis causae me remito, correspondería liquidar los intereses desde la fecha del siniestro acaecido (9/9/09) y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina de acuerdo a la doctrina plenaria sentada en los autos "Samudio de



Martínez, Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ Daños y Perjuicios” del 20/04/2009.

**El Dr. Oscar Ameal dijo:**

Que adhiere en lo principal al voto del Dr. Li Rosi, y respecto a los intereses a aplicarse sobre el capital de condena, a la disidencia parcial del Dr. Álvarez.

En efecto, la doctrina del acuerdo plenario de fecha 20 de abril de 2009 en autos “Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transporte Doscientos setenta S.A. sobre daños y perjuicios”, dejó sin efecto la fijada en los plenarios “Vázquez, Claudia Angélica c. Bilbao, Walter y otros sobre daños y perjuicios” del 2 de agosto de 1993 y “Alaniz, Ramona Evelia y otro c. Transportes 123 SACI, interno 200 sobre daños y perjuicios” del 23 de marzo de 2004 y estableció como tasa de interés moratorio la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con cómputo desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido. Esta excepción debe ser alegada y probada por la parte a quien afecta (principio dispositivo).

Los perjuicios 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 C.Civil).

Por lo demás, el juez en la sentencia fija un *quantum*, lo que de ningún modo equivale al momento a partir del cual la obligación se hace exigible, teniendo en cuenta que la no liquidez de la suma no implica la no exigibilidad y, por tanto, es desde la mora -en el caso, el hecho - que resulta computable (Expte. N° 105.697/02, “Boncor, Claudio c/ Celucci Héctor s/ daños y perjuicios”, del 10/02/2010, con voto preopinante de la Dra. Silvia A. Díaz).

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







Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

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, la que se encuentra prohibida.

Por otra parte, los antecedentes mencionados, ni la doctrina plenaria recaída en autos “Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos setenta S.A. sobre daños y perjuicios”, permiten efectuar diferencias 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.

De establecerse una tasa menor se estaría premiando al deudor por el tiempo transcurrido entre el hecho y la sentencia firme que decide su pago. Como ha señalado la Sala H en autos “Fragoso c/ Construed SA s/ daños y perjuicios” (22/04/03) “...una tasa inferior a la de plaza provoca un beneficio para el deudor moroso que aumenta a medida que el proceso se dilata, mientras que una tasa acorde a la del mercado constituye un estímulo que es el deseable, en tanto se ajusta a la garantía insita en el art 18 de la Constitución Nacional”.

En cuanto al enriquecimiento indebido, los integrantes de esta Sala sostuvimos en el plenario aludido, conjuntamente con los Dres. Sanso, Mizrahi, Ramos Feijoo, Díaz Solimine, Vilar, Zannoni, Mattera, Wilde, Verón y Pérez Pardo, que “la salvedad sólo tendría significación en los casos en que el capital de condena se tradujese en sumas actualizadas por índices que miden la depreciación monetaria acaecida entre la mora, o el día en que se produjo el perjuicio objeto de reparación, y el dictado de la sentencia. Esto así porque, en ese supuesto, la actualización monetaria ya habría recuperado el valor del capital. Si a dicho capital de condena, por hipótesis actualizado, se le adicionara una tasa activa que incluyese el plus destinado a recomponer, justamente, el valor del capital, se originaría un enriquecimiento sin causa pues se estaría condenando a cargar no sólo con la depreciación monetaria, sino con un interés cuya tasa la computa nuevamente. Es decir, se obligaría al deudor a pagar dos veces por la



misma causa. Tales fueron los fundamentos que llevaron, en la década de los setenta, a consagrar tasas de interés "puro" que excluían la prima por la desvalorización monetaria que ya había sido calculada al actualizarse el capital mediante el empleo de índices”.

Asimismo que “A partir de la ley 23.928, en 1991, quedó prohibida toda "indexación" por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, prohibición que ha mantenido el art. 4, vigente ley 25.561, denominada de emergencia económica. "En ningún caso dice esta última norma se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor”.

Agregando que, “De tal modo el capital de condena no es susceptible, hoy, de estos mecanismos de corrección monetaria, que en su origen fueron propiciados exclusivamente para las llamadas obligaciones de valor que se liquidan en dinero y que con la hiperinflación que azotó a nuestra economía durante décadas se generalizó a todas las obligaciones dinerarias. En tal sentido, los fallos plenarios dictados por la Cámara Nacional en lo Comercial (13/4/1977) y por esta Cámara (in re "La Amistad S.R.L. v. Iriarte, Roberto C." del 9/9/1977), siguiendo pronunciamientos anteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ejercieron un efecto multiplicador de la crisis inflacionaria. Y fue en ese contexto que se elaboraron criterios relativos al cálculo del interés "puro", que oscilaba entre el 6%, el 8% y hasta el 15% anual”.

Sosteniendo que “El contexto actual no es, por fortuna, aquél. La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales como suele decirse, a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se "indexen", o sea actualicen, los montos reclamados en la demanda mediante la aplicación de índices de depreciación monetaria. Tales procedimientos de actualización están prohibidos, se reitera, por las leyes antes citadas. Y aunque pudiera argumentarse que, aun así, la obligación de resarcir daños constituye una típica obligación de valor que se liquida en dinero, según la clásica nomenclatura, existe consenso por lo menos a partir del dictado de la ley 23.928 que los montos liquidados por quien reclama el resarcimiento en juicio, constituyen parámetros que deben respetarse en





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

acatamiento del principio de congruencia, salvo lo que, en más o en menos, surja de la prueba producida durante el proceso”.

Con ese mismo criterio se aceptó, “desde 1992, aplicar a falta de un pacto o convenio de intereses, la tasa pasiva promedio que mensualmente publica el Banco Central de la República Argentina y que entre ese año y el 2004, estuvo por encima de los precios al consumidor, lo cual no ocurre en la actualidad. Como señaló la mayoría del tribunal al responder a la primera pregunta del acuerdo plenario, una tasa que se encuentra por debajo de los índices inflacionarios no sólo no repara al acreedor sino que beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda”.

Agregando que “la salvedad que se hace al responder a la última pregunta que se formuló en el acuerdo no es operante en este contexto; dicha salvedad queda confinada al hipotético caso de que, en el futuro, se autorizara la repotenciación de un capital de condena, lo que, en principio, no es posible hacer actualmente, en acatamiento del derecho vigente”.

Es por ello que, “desde el inicio de la mora, ya sea que la obligación pertenezca a la órbita contractual o aquiliana, hasta el cumplimiento de la sentencia quedó determinada una regla general: aplicar al cálculo de intereses moratorios (art. 622 del Código Civil) la tasa activa. Dicho aserto no admite cuestionamiento”.

“El enriquecimiento indebido, especie del enriquecimiento sin causa, funciona como principio general de derecho que representa un llamado abstracto a la justicia, que debe primar en todo ordenamiento jurídico”.

Dicho principio, “como tal, adolece de una vaguedad e imprecisión notorias, que dificultan su aplicación a situaciones concretas que se dan en la práctica de las relaciones jurídicas”.

“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, es necesario que se den ciertos presupuestos: la coexistencia de un enriquecimiento de una parte y un empobrecimiento de la otra, 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 art. 622 del Código Civil, atento al principio dispositivo del proceso; la naturaleza patrimonial de la acción ejercida y las reglas respecto de la carga probatoria establecida en el art. 377 del Código Procesal”.

Respecto a la derogación del art. 303 por la ley 26.853, debe señalarse que la misma no resulta operativa en virtud de lo dispuesto en el art. 15 de la ley.

En cuanto a la fijación de intereses a partir del 1/08/2015, dejando a salvo el criterio manifestado en el punto VI) de este pronunciamiento, y de acuerdo a la pauta establecida en el art. 768, inc. c) del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto refiere a tasas que “se fijen según las reglamentaciones del Banco Central”, entiendo que corresponde aplicar hasta el efectivo pago, la tasa activa prevista en la doctrina plenaria “Samudio”, tasa ésta aceptada por el Banco Central ya que aun sin desconocer que el art. 303 del CPCC ha sido derogado por la ley 26853, ello no resulta operativo en virtud de lo dispuesto en el art. 15 de la mencionada ley.

Lo expuesto, desde que si bien el aludido art. 768 no contempla expresamente la facultad judicial de fijar la tasa de interés moratoria para el caso en que no sea acordado por las partes (inc. a) o no se encuentre prevista en disposiciones especiales (inc. b), entiendo que debe ser fijada judicialmente en cumplimiento del deber de los jueces de resolver las cuestiones sometidas a su jurisdicción (arts. 2 y 3 del CCyC y art. 163, inc. 6 del CPCC; CCIV. Sala G, Expte. N° 30.414/2008, 06/16; CCIV. Sala C, Expte. N° 050841/2011; CNCIV. Sala I, expte. N° 8166272010).

En efecto, la tasa de interés moratorio puede ser fijada mediante: a) convención de las partes, manteniendo como principio la autonomía de la voluntad; b) legalmente, supletoriamente si las partes no han dispuesto una tasa, será la que determinen las leyes especiales y c) en subsidio -es decir en defecto de





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

los dos incisos anteriores-, se aplicarán las tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central.

Cabe aclarar que en el régimen anterior, se hacía referencia a las tasas de los Bancos Oficiales (ver segundo párrafo del art. 622). Pero más allá de cual sea la entidad que fije las tasas, lo cierto es que no se especifica si se aplicará la tasa pasiva o activa, pues la propia comisión redactora del proyecto de Código, expuso en sus fundamentos que no se adopta la tasa activa como se propiciara en el Proyecto de 1998, al considerar que como hay supuestos de hecho muy diversos, resulta necesario disponer de mayor flexibilidad a fin de adoptar la solución más justa para el caso.

Sigue, en definitiva, el postulado de Vélez a la nota del art. 622, el cual reza “Me he abstenido de proyectar el interés legal, porque el interés del dinero varía tan de continuo en la República, y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos. Por lo demás, el interés del dinero en las obligaciones de que se trata, corresponde a los perjuicios e intereses que debía pagar el deudor moroso”.

No coincido con quienes plantean que se trata de un intento para que sea la autoridad monetaria la que fije una tasa específica para dirimir la especie, sino que por el contrario, considero que esa tarea deberá ponerse en manos del órgano judicial competente, más allá de seguir los lineamientos que al respecto pudiera proveer el Banco Central.

En el mismo orden de ideas, las XXV Jornadas de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca, concluyeron que la previsión del artículo 768 inciso c no implica la delegación al Banco Central de la fijación de la tasa, sino que siempre será el juez el que la determinará. Las tasas fijadas por las reglamentaciones del Banco Central servirán como pauta que podrá ser utilizada por el juez en esta tarea (Mayoría).

Recordemos que la tasa activa es la que la entidad bancaria percibe al ser el acreedor de un mutuo, en cambio la tasa pasiva es la que se devenga a favor de los ahorristas depositantes en esas mismas entidades.

Desde hace ya más de 20 años la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió que la tasa de interés moratorio corresponde que sea analizada por los jueces que interpretan los ordenamientos, sin afectar garantías constitucionales



dando así libre albedrío para que sean fijadas por los magistrados de los diferentes fueros las tasas a aplicar.

En lo que a los fueros Civil y Comercial del ámbito Nacional respecta, se dictaron sendos plenarios fijando la aplicación de la tasa activa. Ello, sin perjuicio de la derogación del art. 303 del Código Procesal a cuya falta de operatividad ya me he referido.

Asimismo, en las mencionadas Jornadas se sugirió que es necesario que al determinar la tasa de interés moratoria se fije aquella que aliente el cumplimiento en tiempo propio por el deudor (unánime).

Por los argumentos expuestos, es que considero que corresponde aplicar, como sostuvo el Dr. Álvarez, la tasa activa cartera general (prestamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina respecto de todas las partidas indemnizatorias, desde la fecha del ilícito y hasta el efectivo pago.

### **El Juez Carlos A. Carranza Casares dijo:**

#### **I. La responsabilidad**

Como destaca el segundo voto, la sentencia de la anterior instancia “en reiteradas oportunidades dio por probado el incumplimiento del deber de seguridad por parte de la accionada (conf. fs. 880; 881; 884 y vta.; 885 y 886)”.

Y tal sentencia ha sido calificada por la empresa de seguridad demandada como “absolutamente clara y jurídicamente impecable” (fs. 958vta. y fs. 961vta.) y por el mismo banco como “completamente fundada, precisa, coherente y concordante en todas sus partes, y sólida en cada una de las premisas y argumentos allí articulados” (fs. 939 y fs. 944).

Vale decir que no es materia de discusión el aludido incumplimiento del deber de seguridad del banco en el hecho.

La controversia se centra en la extensión de las consecuencias imputables a la entidad financiera, cuestión en la que adhiero al mencionado voto.

La construcción jurídica que emerge de los arts. 901 a 906 del Código Civil (ver arts. 1726 y 1727 del Código Civil y Comercial de la Nación), permite establecer que para determinar la causa de un daño, es necesario formular un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

responsable era idónea para producir regular o normalmente un cierto resultado. Ese juicio de probabilidad que deberá hacerlo el juez, lo será en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto (cf. Bustamante Alsina, Jorge, La relación de causalidad y la antijuricidad en la responsabilidad extracontractual”, La Ley 1996-D. 23).

Es así que, para determinar la causa de un daño, se debe hacer *ex post facto* un juicio de adecuación o cálculo de probabilidad a la luz de los hechos de la causa, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente - en abstracto y prescindiendo de sus condiciones particulares -, era por si misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas. Si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente al agente. Si se contesta que no, faltará relación causal, aunque considerando el caso en concreto tenga que admitirse que dicha conducta fue también una *condictio sine qua non* del daño, pues de haber faltado este último no se habría producido o al menos no en esa manera (cf. López Mesa, Marcelo J., “El mito de la causalidad adecuada”, La Ley 2008-B, 861).

En este sentido, estimo que si un observador imparcial hubiera asistido a la escena en la que un delincuente en el interior del banco “marcaba” a un cliente que había retirado dinero de una caja, en el marco de un sistema de seguridad “inadecuado”, “insuficiente” (ver fs. 880), “inoperante” (ver fs. 881) y “deficitario” (ver fs. 884), advertiría la seria probabilidad de fuera seguido y en algún lugar asaltado, con la consiguiente probabilidad de que no sólo fuera desposeído -como sostiene la sentencia apelada- sino asimismo, en alguna medida, herido, porque es lo que puede ocurrir y, de hecho, muchas veces ocurre, en los asaltos.

Tal observador consideraría, entonces, que se hallaba ante una tragedia anunciada, desde que era la consecuencia esperable según el orden natural y ordinario de las cosas. Y esta, es la idea de causalidad adecuada -que entraña la noción de previsibilidad- consagrada en nuestro derecho.

## II. Los intereses

Supuesto el derecho -con conocido sustento constitucional- a una reparación integral, la tasa de interés a determinar para las obligaciones en mora ha de ser necesariamente reparadora del daño generado por la demora.



Ya sea que se presuma que el acreedor ha debido acudir al circuito financiero -formal o informal- a fin de obtener lo que su deudor no le ha entregado a tiempo, interpretando entonces que se trata del costo de sustitución del capital adeudado, o que se entienda que debe reponerse la utilidad que podría haber obtenido el reclamante de haber dado en préstamo tal capital, como réditos dejados de percibir, la llamada tasa activa es la que se encuentra en mejores condiciones de reparar el perjuicio generado por el incumplimiento.

Y como coincido con las cifras propuestas en el segundo voto, pero no tomándolas como valores actuales, sino establecidos a la fecha del hecho, propongo que sea desde entonces que se aplique la mentada tasa activa que postulan quienes votan en tercer y cuarto término; que, por otra parte, es la modalidad de reparación que usualmente he utilizado cuando me ha tocado revocar un fallo que había rechazado la demanda.

En suma, en atención al tenor de los cinco votos precedentes, se RESUELVE:

- a) Revocar la sentencia de grado y hacer lugar a las acciones indemnizatorias entabladas;
- b) Condenar a “BBVA Banco Francés S.A.” a pagar a Andrés Adolfo Jaroslavsky y a José Luis Olguin en el plazo de diez días, las sumas de seiscientos veinte mil pesos (\$ 620.000) para el primero y sesenta y nueve mil pesos (\$ 69.000) para el segundo en concepto de capital, con más los intereses que se liquidarán respecto de todas las partidas indemnizatorias, desde la fecha del siniestro hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina;
- c) Hacer extensivos los efectos de la condena a la compañía citada en garantía “ACE Seguros S.A.” en la medida del seguro.-

La Dra. Zulema Wilde no suscribe la presente por estar recusada a fs. 898. Con lo que terminó el acto, firmando los Señores Vocales por ante mí que doy fe.-

Proceden a firmar la Dra. Beatriz A. Verón y los Dres. Ricardi Li Rosi, Osvaldo Onofre Alvarez, Oscar Ameal y Carlos A. Carranza Casares.







Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA J

Se deja constancia que la Vocalía N° 29 se encuentra vacante (art. 109 del R.J.N.).-

Fdo. Beatriz A.Verón-Ricardo Li Rosi-Oswaldo Onofre Alvarez-Oscar Ameal-Carlos A.Carranza Casares-Es copia fiel de su original que obra en el Libro de Acuerdo de la Sala.-

//nos Aires, febrero 22 de 2018.-

Y VISTOS: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el Tribunal RESUELVE:

En suma en atención al tenor de los cinco votos precedente, se RESUELVE:

- a) Revocar la sentencia de grado y hacer lugar a las acciones indemnizatorias entabladas.
- b) Condenar a “BBVA Banco Frances S.A.” a pagar a Andres Adolfo Jaloslavky y a Jose Luis Olgún en el plazo de diez días, la suma de seiscientos veinte mil pesos (\$ 620.000) para el primero y sesenta y nueve mil pesos (\$ 69.000) para el segundo en concepto de capital, con más los intereses que se liquidarán respecto de todas las partidas indemnizatorias, desde la fecha del siniestro hasta su efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina;



c) Hacer extensivos los efectos de la condena a la compañía de citada en garantía “ACE Seguros S.A.” en la medida del seguro.-

d) Difiérase la regulación de los honorarios para su oportunidad.-  
Se deja constancia que la Vocalía N° 29 se encuentra vacante (art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, notifíquese y comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N°15/13 art. 4°) y oportunamente devuélvase.-

Fdo. Beatriz A.Verón-Ricardo Li Rosi-Osvaldo Onofre Alvarez-Oscar Ameal-Carlos A.Carranza Casares-Es copia fiel de su original que obra a fs. 657/681vta.-

