



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

REGISTRADA BAJO EL N° 234 (S) F°1279/1294
EXPTE. N° 161468. Juzgado N° 13.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 10 días de Noviembre de 2016, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **"PARODI NATALIA JIMENA C/ CARREFOUR ARGENTINA SA S/DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)"**, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Nélide I. Zampini y Rubén D. Gérez.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 366/373?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

I) Dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia, resolviendo rechazar las excepciones de falta de legitimación activa opuestas por la citada en garantía Zurich Compañía de Seguros S.A. y por la demandada INC Sociedad Anónima (Carrefour Argentina), con costas a cargo de estas últimas, y luego rechazando la demanda articulada por la Sra. Natalia Jimena Parodi, imponiendo las costas a su cargo.

Para así decidir, expone el Juez de grado que la controversia debe ser analizada según las previsiones legales contenidas en el Código Civil de Vélez Sarsfield (ley 340) y Código de Comercio (ley 2637), y luego valora la condición de poseedora de buena fe y usuaria del vehículo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

de la Sra. Parodi para justificar la desestimación de la excepción de falta de legitimación propuesta.

A continuación se avoca a determinar si en el caso ha existido una relación de consumo, y a tal efecto pondera que la Sra. Parodi ha acompañado como única prueba documental de su concurrencia al hipermercado una copia de un ticket de pago abonado mediante tarjeta de crédito, a la cual no le asigna valor probatorio por ser una copia simple, y expone que la nombrada no ha ofrecido otros medios de prueba que demuestren su fidelidad y que no ha explicado las razones de no haber adjuntado el original, habiendo sido desconocida expresamente su autenticidad por la demandada.

Señala que la actora tampoco ha acompañado un resumen de gastos de su tarjeta de crédito que de cuenta del pago, y destaca también que no ha ofrecido prueba informativa a la entidad bancaria emisora para requerir información relativa a ese pago.

Luego entiende que la denuncia penal tampoco tiene valor convictivo, en la medida que la misma se compone únicamente de manifestaciones vertidas de manera unilateral por la Sra. Parodi en sede policial.

Continúa valorando la prueba testimonial producida en estos actuados y en la causa penal abierta a consecuencia del hecho denunciado, en base a todo lo cual concluye que la actora no ha logrado probar su concurrencia al hipermercado el día 20/6/11, y menos aún que hubiera dejado su vehículo estacionado en el playón de estacionamiento, así como tampoco que el mismo hubiera sido sustraído.

Considera que resulta imposible endilgarle responsabilidad a los accionados, por lo que determina que corresponde rechazar la demanda.

II) Dicho pronunciamiento es apelado a fs. 380 por la actora, fundando su recurso a fs. 389/400, con argumentos que merecieron



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

exclusivamente respuesta de la empresa Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A. a fs. 404/405.

III) Agravia a la recurrente la ponderación probatoria efectuada, y expone en tal sentido que la sentencia se limita a descalificar injustamente el ticket de compra por haber sido presentado en copia, sin analizarlo en función de las restantes pruebas.

Aduce que se ha hecho cargar sobre la consumidora reclamante la responsabilidad total de la prueba, y que ninguna exigencia se ha puesto en cabeza de la empresa, que cuenta con todos los elementos en su poder y que nada aportó al juicio.

Cuestiona además que no se ha evaluado el tipo de contrato, la naturaleza del servicio brindado y la responsabilidad por los hechos acaecidos, y requiere que ello sea efectuado en esta instancia.

Pondera el carácter de consumidor y usuario de la actora y los principios y efectos que de ello se desprenden, y considera que debe analizarse el presente valorándose la carga dinámica de la prueba, citando normativa, doctrina y jurisprudencia en apoyo de sus afirmaciones.

Sostiene además que no hay puesto fijo de personal de seguridad en el playón de estacionamiento y que la demandada no ha aportado las filmaciones de sus cámaras de seguridad, y entiende que esto último genera una presunción en contra de los accionados.

Luego se expide sobre el deber de seguridad que le endilga a la empresa demandada, y afirma que ha sido deficiente el servicio prestado, y así también realiza consideraciones respecto al valor probatorio del ticket, del testimonio producido por el productor de seguros, de la causa penal, de la denuncia penal y de la efectuada ante la compañía aseguradora.

Por último cuestiona la valoración que efectuó el *a quo* de los testimonios vertidos por la Sra. Díaz y por los Sres. Villar y Remedi, y explica que no libró oficio a la tarjeta de crédito porque resultaba



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

innecesario, en tanto afirma que la demandada no ha cuestionado la autenticidad de la copia del ticket.

IV) Antes de pasar a analizar los agravios traídos a esta instancia, relataré los **ANTECEDENTES DE LA CAUSA**:

A fs. 25/30 se presenta la Dra. Florencia Ferrero, en calidad de gestora procesal de la Sra. Natalia Jimena Parodi, promoviendo demanda de daños y perjuicios contra INC Sociedad Anónima (Carrefour Argentina) y Zurich Argentina Cía. De Seguros S.A. (en carácter de tercero citado en garantía) por la suma de \$48.000, o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, y costas.

Relata que el día 20/06/2011 concurrió en su vehículo a hacer compras en el hipermercado Carrefour ubicado en Av. Constitución y Ruta 2, y que realizó una importante compra con motivo del cumpleaños de su hijo, abonando con tarjeta de crédito en 6 cuotas.

Expone que aproximadamente durante dos horas y media dejó su vehículo en el playón de estacionamiento descubierto que la demandada ofrece como servicio, e indica que cuando se retiró del mercado, cerca de las 21 hs., se dirigió al estacionamiento y advirtió que el vehículo ya no estaba.

Refiere que hizo la denuncia en la Seccional de Policía 7ma. y en la Compañía Aseguradora Liberty, pero que esta última no respondió frente al reclamo, ya que la póliza estaba anulada por registrar deudas.

Afirma que Carrefour es la principal responsable en virtud de lo normado en el art. 1198 CC, ya que se sirve del estacionamiento como medio para atraer clientes, debiendo brindar un servicio adecuado, eficiente y seguro.

Agrega que intimó a Carrefour mediante carta documento y que dicha intimación fue rechazada, e indica que la denuncia penal motivó la formación de la IPP 12869/11.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Detalla asimismo que el vehículo fue adquirido en el mes de diciembre del año 2010 mediante la entrega de los formularios “08” firmados ante escribano público, y explica que si bien no concluyó el trámite de transferencia por razones económicas, posee los derechos sobre el rodado.

Sostiene que ha existido un incumplimiento al deber de seguridad de parte de la demandada, ya que según surge de la IPP, el Jefe de Seguridad informó que “el sistema de grabación no permite recuperar filmaciones con tanta antigüedad” y que “en el horario solicitado no hay puesto fijo de personal de seguridad en el playón de estacionamiento”, y luego cita jurisprudencia e individualiza los rubros indemnizatorios reclamados, incluyendo daño emergente (\$23.000), privación en el uso del vehículo (\$16.000) y daño moral (\$9.000).

A fs. 35 se confiere el traslado de la acción deducida a la demandada por el plazo de 10 días, y se cita a la compañía de seguros por el mismo término.

A fs. 40/42, la actora amplía la demanda, a cuyo efecto aclara que si bien no es la titular registral del Renault 9 dominio RUG 762 que fue sustraído, había adquirido el rodado en diciembre de 2010 y estaba por iniciar los trámites de transferencia cuando ocurrió el hecho, por lo que afirma que posee todos los derechos y acciones sobre el citado automotor, adquirido legítimamente en los términos de los arts. 2412 y ctes. del Código Civil. Asimismo agrega prueba, solicita que se tenga en cuenta el valor en plaza del auto al momento de dictar sentencia, e invoca como fundamento legal de su demanda lo normado en la Ley 24.240 de Defensa al Consumidor.

A fs. 91/99 se presenta la compañía Zurich Compañía de Seguros S.A., por apoderado, contestando la citación en garantía.

Plantea en primer lugar la falta de legitimación activa de la actora, a cuyo fin niega que sea la titular, poseedora, usuaria,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

usufructuaria o tenedora del Renault 9 Dominio RUG 762, ya que no ha acompañado copia del título automotor.

Subsidiariamente contesta la demanda, reconociendo que entre la aseguradora y la demandada se encontraba vigente un contrato de seguro que amparaba a la asegurada por daños a terceras personas o a cosas de terceros. No obstante ello, refiere que la cobertura tenía un límite máximo asegurado de \$26.210.400 por todo y cada evento en el agregado anual, y agrega que la póliza contratada también prevé una franquicia de \$10.484.

Niega en forma genérica los hechos alegados por la actora como así también la documental acompañada, y sostiene que no existe reproche sobre INC SA por su conducta, ya que si bien ofrece un espacio para estacionar, dicho ofrecimiento está dirigido a todo público, pudiendo el usuario ser -o no- cliente u ocasional comprador del supermercado. Agrega que ese ofrecimiento no incluye una obligación de seguridad o guardia de los vehículos estacionados.

Pondera que no se cobra un precio en concepto de estacionamiento y que no hay obligación de compra para las personas que concurren al establecimiento, por lo que afirma que no existe un contrato de garaje o depósito. Aduce además que no se fija un límite de tiempo para que los autos permanezcan estacionados en las playas del centro comercial, y que no hay un control sobre los mismos, tomando números de patente o guardando las llaves.

Por último cita doctrina y jurisprudencia e impugna los rubros indemnizatorios reclamados, y peticiona que se desestime la pretensión de la actora, con expresa imposición de costas.

A fs. 102 la actora contesta la excepción de falta de legitimación activa planteada por la citada en garantía, aclarando que no reclama en calidad de titular registral del vehículo robado, sino que pretende



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

hacer valer los derechos y acciones que posee sobre el bien en virtud de su legítima adquisición, onerosa y de buena fe.

A fs. 114/118, se presenta la demandada INC S.A., por apoderado, contestando la demanda incoada.

A tal efecto, produce negativas de los hechos expuestos en la demanda, como así también de los documentos acompañados, y plantea la falta de legitimación activa de la actora, alegando que la Sra. Parodi no ha demostrado ser la propietaria del vehículo referido.

Subsidiariamente contesta la demanda, argumentando que aún cuando fuera cierto que la accionante estacionó en la playa de estacionamiento de la demandada, el ofrecimiento de ese espacio no tiene el efecto que pretende atribuirle la actora, citando los arts. 1148 del Código Civil y 454 del Código de Comercio. Asimismo desconoce cualquier tipo de obligación contractual de cuidado y restitución, y plantea que aún de entenderse que medió oferta por parte de Carrefour, la misma no resultaría inequívoca respecto a la custodia del vehículo, por haber ofrecido sólo un espacio para estacionar, pero sin asumir la custodia, habiéndose informado claramente, en todos los ingresos al mercado, que la empresa no se responsabiliza por el robo, hurto o daños de los vehículos estacionados en la playa.

Así también refiere que no hay ninguna constancia que demuestre acabadamente que la Sra. Parodi haya concurrido al hipermercado Carrefour el día 26 de junio de 2011, y luego desconoce el ticket acompañado por la actora, planteando que el mismo pudo haber sido abonado por cualquier persona, ya que no individualiza a quien efectuó el pago.

Expone que nada indica, salvo los dichos de la actora, que haya concurrido al hipermercado a bordo del Renault 9 Dominio RUG 762, ni que el vehículo fuera sustraído del mercado, y destaca que el automotor no se encontraba asegurado, por lo que no podía circular por la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

vía pública, siendo la Sra. Parodi la única responsable por el supuesto daño, en los términos del art. 1111 del Código Civil.

Por último cita jurisprudencia, funda en derecho y peticiona que se dicte sentencia, rechazándose la demanda en todas sus partes, con costas.

A fs. 121/122 la actora contesta la excepción de falta de legitimación activa planteada por la demandada, cuyo tratamiento es diferido a fs. 123/124 para el momento procesal de dictar la sentencia definitiva, a fs. 128 se dispone la apertura a prueba, proveyéndose la misma a fs. 133/134, y a fs. 354 se certifica el vencimiento del período probatorio.

Finalmente, a fs. 366 se llaman los autos para sentencia, y a fs. 366/373 se dicta el decisorio que es materia de apelación.

V) Encuadre legal:

En mérito a los hechos que originaron la controversia, se impone colegir que nos encontramos inmersos en una típica relación de consumo, en tanto un particular aduce la sustracción de su vehículo en momentos en que se encontraba en el estacionamiento de un hipermercado.

En efecto, el *sub lite* debe encuadrarse dentro de la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, habida cuenta que la misma es de orden público y debe ser aplicada cuando de los hechos alegados en los escritos de demanda y de contestación es una típica relación de consumo, y que no es ni mas ni menos lo que sucede en autos, en atención a que el estacionamiento consiste en la prestación de un servicio a título gratuito que se ofrece por el establecimiento en función de una eventual contratación a título oneroso posterior (arts. 14, 18 y 42 de la Const. Nacional; arts. 15 y 38 del la Const. Prov.; arts. 1, 2, 3, 37, 40, 40 bis, 52, 53, 65 y concdtes. de la Ley 24.240 y mod.; art. 25 de la Convención Interamericana de Derecho Humanos).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Obsérvese que el propio art. 42 de la Constitución Nacional adopta la expresión "relación de consumo" para referirse a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios, inteligencia ésta que impide una interpretación en contrario.

En base a ello, fácil es deducir que la controversia queda plenamente abarcada por el régimen protectorio del consumidor (art. 1 y 40 de la Ley 24.240, modif. por texto 26.361), con lo que la interpretación del contrato se seguirá en el sentido más favorable al consumidor (argts. art. 37 de la citada Ley), siendo además de aplicación el régimen de cargas probatorias que preceptúa el art. 53 de la ley 24.240 (según ley 26.361), tutelando en definitiva los derechos enunciados por la carta magna en torno a la seguridad del usuario o consumidor ante una relación de consumo.

VI) Pasaré a analizar los agravios propuestos por la parte actora:

Sentado lo anterior, continuaré tratando los agravios traídos en esta instancia, a cuyo fin, analizaré en el acápite subsiguiente el plexo probatorio y la responsabilidad que se le ha endilgado al hipermercado.

VI.a) Análisis de la responsabilidad a partir de la valoración del material probatorio:

Advierto inicialmente la existencia de elementos decisivos a los efectos de marras, que permiten receptar la veracidad del relato brindado por la actora en el escrito liminar.

En efecto, considero que en el *sub lite* no puede prescindirse de la justipreciación del informe producido por el Sargento Laz Ezequiel Simon, en el marco de las actuaciones desarrolladas a partir de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

denuncia de hurto del automotor efectuada por la Sra. Parodi Natalia Jimena (v. oficio glosado en copia autenticada a fs. 184), del que surge que el funcionario policial se ha constituido en el hipermercado en las primeras horas del día siguiente a la denunciada sustracción, entrevistándose con el Jefe de Seguridad del establecimiento, Sr. Valentini Gino Rubén, quien le refirió textualmente que *"ya había tomado razón de los hechos, por parte de sus empleados, pero una y consumado el hecho y no podía brindar ninguna novedad al respecto"* (sic).

Como puede observarse, es el propio dependiente de la empresa demandada quien reconoce la consumación del hecho en forma casi inmediata a su ocurrencia (véase que la declaración es producida a primera hora del día siguiente), resultando ello determinante a los efectos de esclarecer la verdad jurídica (art. 979 CC; art. 289 del CCyC, 375, 384 y ccdtes. del CPC).

Existen además elementos probatorios que resultan concordantes con la mentada declaración brindada por el Jefe de Seguridad de la empresa, los que permiten afirmar que los hechos han ocurrido conforme las circunstancias de tiempo, lugar y personas descriptas por la ahora accionante.

En tal sentido, conjuntamente con lo anterior debe valorarse la denuncia penal que en copia autenticada luce a fs. 175, en la medida que la misma ha sido efectuada en la dependencia policial más próxima al establecimiento (Comisaría Séptima, ubicada en calle Joaquín Acevedo 6177 de esta ciudad), instantes después del suceso denunciado (21:58 hs.), extremos éstos que se ajustan al relato brindado por la Sra. Parodi.

También debe ser meritado el ticket de compra glosado a fs. 22, el que si bien ha sido aportado en copia simple y ha sido



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

desconocido (v. 92, 114 punto II primer párrafo y fs. 116vta. tercer párrafo), cobra relevancia al ser integrado con el resto del plexo probatorio.

Véase que de dicho instrumento surge el establecimiento ("Carrefour Mar del Plata", ubicado en Avda. Constitución nro. 7570 de Mar del Plata) la razón social del hipermercado (INC S.A.), el día y el horario en que se ha efectuado la compra (20 de junio del año 2011, a las 20:33:52 hs.), así como también el medio de pago empleado (tarjeta de crédito VISA Bco. Provincia nro. 45485030 9), el número de cuenta (0324568345), y hasta incluso consta el apellido de la persona que lo ha realizado y la inicial de su nombre ("Parodi/N"), siendo todo ello coincidente con lo expresado en el escrito de inicio y conteste con los restantes elementos hasta aquí valorados (arts. 375, 384, 385 y ss. del CPC).

Considero que el aporte del original del ticket se inserta en la dinámica de la prueba, de lo que se sigue que la empresa demandada no podía limitarse tan sólo a desconocer dicho instrumento -como ha efectuado-, pues en su ámbito se hallaban los registros contables o informáticos que hubieran justificado la falta de autenticidad del aludido ticket de compra.

Es así que en autos la accionante no ha "podido probar" porque se le ha impedido, y quien estaba en mejores condiciones de probar era la demandada. Es decir, hallándonos en el marco de una relación de consumo, era el hipermercado quien ha podido probar, pero nada de ello se produjo.

Cabe señalar que nuestro máximo Tribunal Provincial ha receptado reiteradamente el concepto de la carga dinámica de la prueba o prueba compartida, haciendo recaer la carga de la prueba sobre quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva (v. SCBA LP C 120106 S 01/06/2016, in re "*L. ,Z. L. c/ C. ,C. F. s/ Daños y perjuicios*"; SCBA LP C 112820 S 17/12/2014, in re "*Langoni,*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Adriana Marcela contra Hospital Italiano. Daños y perjuicios"; SCBA LP C 107510 S 11/09/2013, in re *"Zamora, Analía y otros c/ UDEM, Municipalidad de Dolores y otros/Daños y perjuicios"*; entre muchos otros), concepto que también han sido incorporado por el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994), en tanto es de plena aplicación en el ámbito resarcitorio de la responsabilidad civil (*art. 1735 del CCyC*; v. Falcón, Enrique M., *"Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial"*, T. X, edit. Rubinzal-Culzoni Editores, Sante Fe, 2014, pág. 330; ver en cuanto a la aplicación temporal del nuevo ordenamiento civil y comercial Aída Kelmemajer de Carlucci, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Sta. Fe, 2015, pág. 63, art. 7 del CCyC).

Cabe observar además que del mentado instrumento (ticket) también emerge el importante valor de la mercadería adquirida (\$ 1.725,61, año 2011), circunstancia que torna verosímil lo afirmado por la actora en relación a que la compra ha sido realizada en función del cumpleaños de hijo Fausto Fabián Olea (v. fs. 25vta.), avizorándose ello a partir de la proximidad del mismo con la fecha del hecho (v. a tal efecto copia autenticada del certificado de nacimiento obrante a fs. 260).

Conteste con todo ello se encuentran los testimonios ofrecidos por la accionante, pues los Sres. Eduardo Marcelo Villar y Carlos Enrique Remedi (productores de seguros) y Mario Alberto Mujica (paciente del Hospital donde trabaja la actora), dan cuenta en todos los casos del hurto que motiva este pleito (v. fs. 244, 245 y 287). Incluso el Sr. Remedi ha especificado que la Sra. Parodi se comunicó con su persona "el mismo día en que se produjo la sustracción" (v. respuesta a la interrogación quinta), lo cual da visos de credibilidad al suceso descrito (arts. 375, 384, 394 y ss. y ccdtes. del CPC).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Si bien no dejo de observar que estos testigos han referenciado que tomaron conocimiento de lo declarado a través del relato brindado por la accionante (léase, testigos de referencia), considero que en el *sub lite* no cabe descartar sin más tales testimonios, en la medida en que son valorados en comunidad con los restantes medios de prueba enunciados, guardando en todos los casos una armoniosa coincidencia (arts. 375, 384, 424, 456 y ccdtes. del CPC).

Como puede observarse, no sólo contamos con el reconocimiento del hecho brindado por el Jefe de Seguridad de la empresa, sino que además existen una serie de elementos que por su número, trascendencia, univocidad y concordancia permiten inferir por vía presuncional que el hecho denunciado ha sucedido (v. SCBA LP C 117750 S 08/04/2015, in re *"Plaquín, Pedro Raúl y otra contra Castellano, Raúl Bernabé y otros. Daños y Perjuicios"*; SCBA LP C 101199 S 17/06/2009, in re *"Trubbo, Lilia Delfina s/Concurso preventivo.Inc. de rev. promovido por la fallida al crédito de Juan Carlos Puchi"*; entre muchos otros). En similar supuesto se ha resuelto que *"El hipermercado demandado es responsable por el hurto de la motocicleta del actor en su playa de estacionamiento en tanto los elementos aportados por éste, como son el ticket de compra -cuya fecha y hora coinciden con los hechos relatados en la denuncia penal-, la denuncia efectuada en sede penal y la efectuada ante Defensa de Consumidor, constituyen indicios graves, precisos y concordantes que autorizan a presumir la ocurrencia del robo de la moto en la playa de estacionamiento de la empresa demandada"* (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, in re *"Lago, Cristina Rosa c/ Jumbo Retail Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios"*, 30/03/2015 - LLGran Cuyo 2015 (octubre), 971 - AR/JUR/3679/2015; v. Suprema Corte de Justicia de la Prov. de Mendoza, Sala I, 27/07/2012, LLGran Cuyo 2012 (octubre), 973 - LLGran Cuyo 2013 (abril), 251, in re *"Frazzeta, Jorge Antonio c/ Libertada S.a. s/*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

ord. s/ inc. cas."; entre muchos otros; v. CNCiv., Sala F, L. 535.068, 10/11/2009 in re "*Bertini, Félix c/ Cencosud S.A. s/ Daños y perjuicios*").

Pero no solo ello ha de sopesarse en el presente, pues resulta ineludible justipreciar además y de manera integral con lo anterior, que en fecha 12/3/12 se le ha requerido a la empresa demandada el video de filmación del playón de estacionamiento correspondiente a la fecha del hecho, requerimiento éste que no ha sido cumplimentado por la nombrada, aduciendo que no puede recuperar filmaciones de tanta antigüedad (v. oficio obrante a fs. 190 y contestación glosada a fs. 208).

Ante ello, no puedo dejar de valorar la implicancia que en este punto tiene el ya aludido régimen de cargas probatorias que preceptúa el mentado art. 53 de la ley 24.240 (según ley 26.361). Y digo esto, ya que la demandada no puede justificar su incumplimiento en base al tiempo transcurrido entre la fecha del hurto y el pedido de registros filmáticos (tal como ha pretendido según se desprende de la respuesta de la que da cuenta la constancia obrante a fs. 208), en atención a que al haber tomado conocimiento de un hecho que se aparta notoriamente de la normalidad -léase hurto de un automotor en sus instalaciones- (conforme emerge de lo declarado por su jefe de seguridad), mal podrían las filmaciones seguir el curso normal de conservación, dado un correcto deber de conducta, atención y cautela (que corresponde al servicio que presta) imponía su resguardo (art. 902, 1198 del CC).

Es decir, la empresa demandada no ha aportado los registros filmáticos del día del hecho, que debía conservar, no obstante que pesaba sobre ella la carga de acompañarlos, dado que los mismos hubieran despejado toda posible duda sobre el hecho que hoy se ventila; en su caso, demostrando que la Sra. Parodi no ingresó al establecimiento con su vehículo en la fecha y horario señalado, o que la sustracción no se ha producido.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En iguales condiciones advierto que el hipermercado ha omitido informar los datos identificatorios del personal de seguridad que se hallaba en el sector del playón y/o del que cumplía funciones en el sector cercano a la puerta de entrada, pese al requerimiento efectuado a través del oficio del que da cuenta la constancia glosada a fs. 216, lo cual también importa un incumplimiento a los deberes de buena fe que se exigen.

Si bien se observa que la demandada ha argumentado que *"en el horario solicitado no hay puesto fijo de personal de seguridad en el playón de estacionamiento"* (sic), -lo cual a todo evento constituiría una negligencia en el incumplimiento de las obligaciones que en materia de seguridad le correspondían al hipermercado- no puedo dejar de valorar que ello se contradice con el ya aludido informe de fs. 184, del que emerge que la empresa cuenta con un Jefe de Seguridad (Sr. Gino Ruben Valentini) y de empleados que han tomado conocimientos de los hechos (v. Suprema Corte de Justicia de la Prov. de Mendoza, Sala I- 2011-07-29, in re *"Labarda, Fernando D. c/ Libertad S.A. s/ Daños y perjuicios"*, publicado en DJ 02/05/2012,14).

De allí que no puede aceptarse que la empresa demandada pueda prevalerse de su omisión de actuar diligentemente, conservando y acompañando a la causa pruebas que necesariamente debiera estar en su poder y, por el contrario, considero que las mentadas omisiones han creado un fuerte indicio a favor de los hechos invocados por la accionante, que a la postre es determinante para ubicar el evento como sucedido en el establecimiento de referencia (v. Shina Fernando E., *"Daños al consumidor"*, Ed. Astrea, Bs. As., 2014, pág. 152). En esta línea se ha resuelto que *"La sentencia que rechazó la demanda por daños debido al incumplimiento contractual ante el robo de un vehículo en el estacionamiento de un supermercado debe ser revocada si el juzgador exigió a la accionante la prueba del hecho cuando ésta era imposible, dado que la demandada no*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

puso a disposición el material filmico y no tenía medios electrónicos o humanos controlando el ingreso y salidas de rodados" (Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, sala Civil y Comercial, 6/11/2014, LLNOA 2015 -marzo-, 1191 AR/JUR/64469/2014, in re "*Santillán, alicia Raquel c/ Changomas -Wallmart Supercenter- s/ Daños y perjuicios*"; v. XIV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, desarrolladas los días 27, 28 y 29 de octubre del año 2016 en Junín, Prov. Bs.As.).

Reitero que llama la atención que la empresa accionada no haya producido prueba que estaba a su alcance y que se yergue esencial para demostrar la inexistencia del hecho, como resulta ser los registros contables o informáticos que justifiquen la falta de autenticidad del ticket de compra acompañado, o incluso la declaración de los dependientes que han tomado conocimiento directo del hecho (de acuerdo a lo declarado por el Jefe de Seguridad), entre otros medios de prueba; mas nada de ello ha sido aportado.

Y en tal sentido, insisto, cobra relevancia el régimen que en materia probatoria prevé el 53 de la ley de consumidores y usuarios, dado que la accionante no ha podido probar porque se le ha impedido, recayendo -en contrapartida- sobre el proveedor del servicio la obligación legal de colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa, debiéndose valorar que toda negativa genérica, silencio, reticencia o actitud omisiva crea una presunción en su contra (SCBA LP C 117760 S 01/04/2015, in re "*G, A. C. contra Pasema S.A. y otros. s/ Daños y perjuicios*"; v. Cám. CC San Martín, S I, expte. 69399/01, 16/7/2015 in re "*Samojluk, Alejandro M. c/ Coto Cicsa s/ Daños y perjuicios*").

Es por dichos argumentos que en el supuesto de autos considero que existen elementos precisos y concordantes que prueban la ocurrencia del hecho en el ámbito de custodia y/o de vigilancia de la empresa demandada, lo cual sitúa a la accionada como responsable por los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

perjuicios ocasionados a consecuencia del hecho, en la medida que existe un deber de seguridad objetivo, el que se desprende de la actividad principal del supermercado -venta de mercaderías-, generándose en cabeza de la empresa la obligación secundaria de custodia de los bienes allí introducidos, cuya fuente es legal y se deriva positivamente del art. 1198 del Código Civil, ello a partir de entrar en tratativas negociales que nacen con la introducción del vehículo a la playa con intención de adquirir bienes (v. Farina Juan M., *"Defensa del consumidor y del usuario"*, 4 ed., Bs. As., 2008, págs. 467/470; v. CNCom. Sala A, 5/2/08, in re *"HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. c/ Carrefour Argentina S.A."*; v. CNCiv., Sala C, *"Doporto c/ Cencosud S.A."* del 30/05/06 y de Cám. Civ. Com. San Isidro, Sala I, 83477 RSD-118-00 S 11/4/00).

Cabe señalar que los servicios de este tipo ofrecidos al público no son de modo alguno desinteresados, pues importan inequívocamente una oferta comercial al formar parte de la propia infraestructura del establecimiento con la finalidad de llevar a cabo la explotación de sus negocios. Así, frente al daño producido en ese ámbito se deriva una responsabilidad del ofertante, ya que la oferta indeterminada pero determinable al ser aceptada por quien ingresa al local, le otorga el derecho a una legítima expectativa de seguridad (CNCiv. Sala F, 23/8/2011, in re *"L.J.L y otro c/ Arcos Dorados S.A. s/ Daños y perjuicios"*). De esta manera, es atinado sostener que la demandada asumió una obligación tácita de seguridad frente a los usuarios, y por tanto se encontraba obligada a asumir un deber de velar porque no se produzca ningún daño en los bienes de quienes utilizan las instalaciones.

No incide en lo expuesto que se tipifique la relación que vincula al cliente con el hipermercado, como un contrato de depósito o de garage, o una prestación accesoria de un contrato de compraventa, pues cualquiera sea la figura que se adopte, la responsabilidad de este último resulta innegable, dada la finalidad de lucro que traduce el servicio accesorio



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

de estacionamiento (aún gratuito) en una zona contigua al centro comercial, generándose una relación contractual entre el establecimiento y el cliente que impone el deber de custodia y guarda del vehículo en cabeza de aquél, y la consiguiente responsabilidad por incumplimiento (art. 1198 C.C.; v. Cám. MP, Sala I, 146470, R-224-11, in re "*Celasco Ariel c/ Carrefour Mar del Plata s/ Daños y Perjuicios*").

Tampoco obsta a lo expuesto que el automotor no se encontró asegurado al momento de la sustracción -tal como advierte la demandada-, pues es evidente que ello no ha tenido influencia causal adecuada en la sustracción (arg. arts. 499, 513, 1111 del CC).

Es decir, tal circunstancia carece de virtualidad para erigirse como causa del mismo, debiéndose recordar a tal efecto que la causa es el antecedente generador de un resultado, mientras que las condiciones, en cambio, no produce ese efecto (CC0102 MP 120841 RSD-364-3 S 24/06/2003, in re "*Rodriguez Solana, Ignacio F. c/Municipalidad Gral.Pueyrredon s/Indemnización de daños y perjuicios*").

En definitiva, habiéndose acreditado el hecho dañoso producido en el ámbito de custodia y/o de vigilancia del supermercado, corresponde receptor el reclamo formulado por la Sra. Natalia Jimena Parodi contra la empresa Inc Sociedad Anónima (Carrefour Argentina) y Zurich Argentina Cía. de Seguros S.A., debiendo estos últimos responder por los daños ocasionados por la sustracción, los cuales serán delimitados en los apartados siguientes, el primero de ellos en su carácter de proveedor del servicio y el segundo como asegurador del primero en la medida, términos, límites y condiciones acordadas en la póliza N° 14-3924 que ha sido glosada a fs. 74/90 (art. 42 de la Constitución Nacional; arts. 1, 2, 3, 37, 40, 53 y concdtes. de la Ley 24.240 y modif.; arts. 118 y concs. de la ley 17.418; arts. 163, 330, 354, 375, 384 y concs. del CPC).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Ahora bien, previo a tratar los daños, señalo que la accionante ha sujetado el *quantum* indemnizatorio "a lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse" (v. fs. 25vta.). En tal sentido, cuadra ponderar que en ocasiones el monto de la demanda depende de circunstancias que quedan luego esclarecidas con la prueba y, por ello, la facultad de precisar sólo estimativamente el monto del perjuicio condicionado "*a lo que en más o en menos resulte de la prueba*", puede ser ejercitada en los casos en que resulta razonable entender que el interesado no se encuentra en condiciones de denunciar su pretensión de manera precisa, ya sea por carecer de conocimientos técnicos o en razón de no contar con los elementos del caso (art. 330 in fine C.P.C.; argto. jurisprud. esta Cámara, Sala I, causa N° 153803 RSD 193/13 del 28/8/2013).

Nuestro Máximo Tribunal Provincial se ha expedido sobre el tópico, expresando que "*tal expresión de estilo es incorporada a los escritos de inicio de los procesos en los que se reclama indemnización con el evidente propósito de sujetar la cuantía de la eventual suma condenatoria a las resultas de la prueba a producirse. Ningún impedimento legal existe para que así se peticione, por tanto no infracciona el principio de congruencia el pronunciamiento que en tales condiciones fija una suma dineraria mayor o menor a la estimada tentativamente en la postulación liminar*" (argto. jurisprud. SCBA C. 99055 del 7/5/2014). Y concluye, "*Esta Corte tiene dicho que no media infracción legal aun cuando la sentencia otorgue una indemnización mayor a la reclamada en la demanda si en ésta quedó aquella librada a lo que, 'en más o en menos', resulte de la prueba*" (art. 163 inc. 6, C.P.C.C.; conf. Ac. 81.476, sent. del 23-IV-2003).

Ha de apreciarse que tales prevenciones se encuentran profundamente enraizadas en el principio de reparación integral en materia de daños materiales y morales, constituyendo herramientas de resguardo del derecho constitucional de propiedad (art. 19 de la Constitución Nacional; argto. jurisprud. CSJN in re "*Aquino Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.*",



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

sent. del 21/9/2004, MJJ34650; "*Ferreyra Gregorio P. c. Mastellone Hnos. S.A.*", sent. del 28/6/2005, MJJ63100; doct. Miguel E. Rubín, "*El principio de la reparación integral y la actualización de los valores de condena en la Argentina de hoy*", MJ-DOC-6935-AR - MJD6935; v. además SCBA LP C 118459 S 15/06/2016, in re "*Liberti, Néstor y Arellano, Nancy contra Trinidad S.A. y otros. Indemnización por daños y perjuicios*", SCBA LP C 117501 S 04/03/2015, in re "*Martínez, Hualter M. contra González Urquet, Sergio y otros. Daños y perjuicios*", entre otros).

Y tal supuesto se evidencia en el *sub lite*, de lo que se sigue que en el caso de autos la accionante ha actuado con sujeción a los precedentes citados, dado que al no contar con los elementos del caso ha supeditado el reclamo a la determinación final, debiéndose valorar además que ha quedado resguardada ampliamente la bilateralidad del contradictorio y asegurado el debido proceso con audiencia, igualdad y garantía de defensa en juicio, de lo que se sigue que ninguna razón o motivo atendible pueden aducir los accionados para acusar una decisión *ultra petita* (arg. art. 163 inc. 6 del CPC; argto. jurisprud. esta Cámara, Sala I, causa N° 153803 RSD 193/13 del 28/8/2013).

Así pues, más allá del monto indicado en la demanda para cada uno de los rubros indemnizatorios reclamados, deberá estarse a la prueba producida en autos para alcanzar una verdadera y efectiva reparación integral, como viene sosteniendo el Máximo Tribunal Federal (CSJN, Fallos 327:266; entre otros).

Sentadas estas premisas, se encuentra allanado el camino para ingresar al tratamiento de la determinación y cuantificación de los rubros reclamados, a cuyo fin analizaré cada parcial indemnizatorio en acápite separado.

VI.b) Tratamiento particular de los rubros indemnizatorios:

VI.b.1) Daño emergente:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Refiere la actora en la demanda que el vehículo hurtado tiene un costo real actual a precio de mercado de aproximadamente \$ 23.000, por lo que reclama por este parcial la suma equivalente al valor actual de plaza de un vehículo de las mismas características que el que fuere de su propiedad.

Adelanto que el rubro en tratamiento debe ser admitido, pero por un monto distinto al propuesto.

A tal efecto, debo comenzar por señalar que no ha sido materia de agravio la legitimación de la actora para reclamar este parcial, en su condición de poseedora y usuaria del rodado, en la medida que no ha sido cuestionado lo decidido por el *a quo* en el punto III del resolutorio recurrido (art. 260 del CPC).

Luego de ello ha de valorarse que el reclamo se inserta en el denominado "daño emergente", y de allí que para que el mismo sea compensable debe ser cierto y probado, incumbiendo esta tarea a quien lo reclama (v. CC0203 LP, B. 70.320, sent. del 18-XII-1990; CC0103 LP, 211.457, sent. del 19-III-1992; CC0203 LP, 91.244, sent. del 10-VI-1999; CC0101 MP, 75.649, sent. del 12-VII-1990, entre otras).

Desde esta óptica ha de analizarse el plexo probatorio producido, a cuyo fin advierto que la actora no ha aportado elementos que permitan determinar el valor actual de plaza del vehículo hurtado y/o del equipo de GNC con que contaba (v. en cuanto a esto último la documental glosada a fs. 18/20) (art. 375 y 384 del CPC).

Tampoco es posible conocer el estado de mantenimiento del rodado al momento de la sustracción, circunstancia ésta que dificulta aún más la cuantificación de este parcial, en la medida que es evidente que ello resulta ser un factor decisivo a la hora de estimar un valor de un rodado, máxime al tratarse de un modelo del año 1989. Sólo contamos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

con un informe técnico de inspección elaborado por la empresa que efectúa la verificación técnica vehicular (VTV), del cual emerge que el vehículo contaba con varias deficiencias (v. documental glosada a fs. 21 e informativa producida a fs. 292).

No obstante lo anterior, advierto que a fs. 147 se ha aportado en calidad de "documental en poder de parte" una constancia de cotización del rodado efectuada por la empresa Liberty Seguros en fecha contemporánea a la sustracción, la que da cuenta de un valor de cobertura de \$ 16.300. En tal sentido, ante la inexistencia de otros elementos de valoración, no encuentro mérito para apartarme de la citada cotización, por lo que considero procedente admitir el reclamo por dicha cifra, sin intereses por no haber sido objeto de petición (SCBA LP B 62426 RSD-181-16 S 24/08/2016 in re "*Nikonczuk, Nadya c/ Caja de Prevision Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Coadyuvante: Roudak de Flores, Sofía s/ Demanda contencioso administrativa*"; arts. 519 y ccdtes. del CC, arts. 1737/1740 y ccdtes. del Código Civil y Comercial de la Nación; arts. 165, 362, 375, 384, 385 y ss. y ccdtes. del CPC).

VI.b.2) Privación de uso del vehículo:

Afirma la actora que dentro de este rubro corresponde incluir el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por la imposibilidad de utilizar el rodado como medio de transporte, e indica la dicente que junto con su familia debieron contratar el servicio de remises y taxis para trasladarse y realizar actividades normales.

Advierte que vive en la ciudad de Miramar y que contaba con el coche para trasladarse a esta ciudad continuamente, y expresa que tuvo que dejar de viajar para hacer sus compras en el hipermercado Carrefour, como lo hacía habitualmente.

Sostiene que también debe incluirse en este rubro una suma estimada por el juzgador como resarcimiento de los gastos realizados



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

para reemplazar la falta de comodidad, en cuanto el vehículo representa un elemento de esparcimiento y recreo, y agrega que la falta del vehículo durante el lapso de dos años le ha significado un gran problema, puesto que con el mismo llevaba a su hijo al colegio, a su hija al médico, a su pareja al trabajo, e incluso la actora se trasladaba hasta el Hospital de Miramar, que es donde trabaja como enfermera, por todo lo cual reclama la cantidad de \$ 16.000, con más lo que estime el juzgador.

Ingresando a dar respuesta a este parcial, cabe señalar que -en principio y salvo prueba en contrario- puede inferirse que la simple privación del vehículo constituye un perjuicio, pues el mismo facilita los desplazamientos, y para reemplazarlo en condiciones similares es necesario incurrir en gastos (argto. jurisp. esta Cámara, Sala I, en la causa N° 139.439 "Pradera, Alberto Juan c/ Elgueta, Alonso s/ daños y perjuicios", sent. del 7-04-2009, voto de la suscripta).

Se ha dicho en tal sentido, que *"es real que para ciertos daños, como el caso de privación de uso, operan las llamadas presunciones hominis que el Juez practica sobre la base de los datos aportados en la causa. Estas presunciones hominis configuran un medio probatorio, e implican en la práctica trasladar al demandado la prueba adversa a la existencia del daño, en razón del principio de sentido común, conforme el cual, quien alega un hecho contrario al curso normal y ordinario de las cosas, soporta la necesidad de acreditarlo"* (Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", pág. 187 y ss.).

Es decir, la mentada indisponibilidad permite inferir el daño, salvo que el accionado pruebe -o que surja de elementos existentes en autos- que la utilización del vehículo no ha sido necesaria para trasladarse, o realizar actividades de esparcimiento, o transportar a su familia, como verbigracia, cuando se tiene otro automóvil, como acontece en el sub examine (ver este Tribunal, Sala II, 134.984, 15/11/2007, RSD-1060-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

2007, in re "*Arribeltz Juan Carlos c/ Consorcio de Copropietarios Edificio Namuncurá s/ Incumplimiento de contrato-daños y perjuicios*").

En efecto, considero que -dada las particulares circunstancias de autos- la aludida presunción aquí no juega en favor de la actora, en la medida que emerge de autos que la Sra. Parodi contaba con otro rodado, y de allí que era menester que la nombrada demostrara las reales implicancias que la sustracción le ha generado.

Véase en tal sentido que resulta contundente en este punto la declaración del testigo Diaz Teresa Rosa Elsa, -compañera de trabajo de la actora desde hace tres años- quien en sede penal ha afirmado que "*no sabe cuál de los dos vehículos que poseían la Sra. Natalia le habían sustraído*" (textual; v. pág. 223).

Si bien considero suficiente lo anterior para tener por demostrada la existencia de otro rodado al momento de la sustracción, existen otros elementos que avalan tal extremo. Obsérvese a tal efecto que el testigo Carlos Enrique Remedi (productor de seguros) ha declarado -al ser interrogado sobre si aseguró otros vehículos a la actora- que al momento de declarar la Sra. Parodi tenía un 0 Km., y que ha tenido otros seguros con ella (v. fs. 246).

Así también puede aunarse a lo anterior las declaraciones de los testigos propuestos a los fines de obtener la concesión del beneficio de litigar sin gastos, quienes si bien se expiden sobre la época de la deposición, refieren que la actora tenía otro automóvil (marca Peugeot) (v. respuesta a la interrogación tercera de fs. 321 y 323, ratificadas a fs. 331 y 332).

Así pues y por lo expuesto, no siendo de resorte en el caso la presunción *hominis* del daño -según lo explicado párrafos atrás-, cabe analizar si la actora ha aportado elementos demostrativos de las implicancias denunciadas como provocadas a partir de la indisponibilidad del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

rodado, ante lo cual, advierto que existe una omisión total de actividad probatoria en tal dirección. En efecto, no encuentro elemento alguno en la causa que me permita determinar si ha sido necesario la utilización de remises, de taxis y/o de otros medios de locomoción rentados a los fines de desarrollar la vida diaria, así como tampoco cuento con elementos que me permitan establecer la naturaleza de las incomodidades alegadas y/o a todo evento su repercusión económica, todo lo cual obsta a la procedencia del reclamo (arts. 375, 384 y ccdtes. del CPC).

Por estos fundamentos se rechaza el rubro reclamado (arts. 519 y cdttes. del Cód. Civil, 1737/1740 y ccdtes. del Código Civil y Comercial de la Nación; arts. 165, 266, 267, 362, 375, 384, 385 y ss., 424, 456 y ccdtes. del CPC).

VI.b.3) Daño moral:

Requiere en este parcial la actora que se reconozca una suma prudencial debido al malestar, preocupación, angustia y cambios de ánimo, consistiendo ello en definitiva un perjuicio espiritual por la angustiosa situación padecida el día del hecho y durante el transcurso de los dos años posteriores.

Afirma que tuvo que pasar por un muy mal momento el día del hecho, y describe a tal efecto las vivencias sufridas a partir del hurto, en base a lo cual reclama por este rubro la suma de \$ 9.000.

Señala Bueres que *"en el daño moral hay una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de las capacidades de entender, de querer y de sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial..."* (Bueres Alberto J.; *"Derecho de Daños"*, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2001, pág. 306).

Por su parte, el Máximo Tribunal Provincial ha expresado que el daño moral *"...es la privación o disminución de aquellos*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre como son la paz, la libertad, la tranquilidad, el honor y los más sagrados afectos. Mediante la indemnización del mismo, se reparan las lesiones sufridas en los derechos extrapatrimoniales, en los sentimientos que determinan dolor, inquietud espiritual y agravio a la paz..." (SCBA, Ac. 57.531 del 16/2/99).

Asimismo, en aras de cuantificar el daño moral y a los fines de desentrañar la verdadera incidencia del daño, la cuestión no puede quedar librada a la pura subjetividad del juzgador, debiendo desarrollarse dentro de realidades objetivas y concretas que el caso concreto presenta, fundamentalmente en cuanto a la entidad del perjuicio ocasionado (la gravedad objetiva del daño) y las consecuencias extrapatrimoniales (personales) que el mismo ha producido en los damnificados (argto. jurisprud. SCBA C. 117.926 del 11/2/2015). De esta manera, el daño moral debe ser determinado en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu de la víctima, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir y por la repercusión que tal minoración determina en su modo de estar, que resulta siempre anímicamente perjudicial (argto. jurisprud. ut supra cit.).

En el particular, considero que las constancias de autos evidencian la existencia de un agravio moral generado a partir de la sustracción del rodado, imponiéndose así la admisión de este parcial (art. 375 del CPC).

En efecto, es menester valorar las vivencias que necesariamente ha experimentado la actora a partir de la sustracción de su vehículo, pues considero que no puede sostenerse que la sustracción del rodado en una playa de estacionamiento de un supermercado implique para el cliente sólo una incomodidad o molestia, siendo evidente que el hecho ha producido en la víctima una alteración disvaliosa de naturaleza extrapatrimonial.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Cabe adunar a lo anterior la experiencia adversa que conlleva verse en la imperiosa necesidad de tener que efectuar una denuncia policial, así como también los reclamos infructuosos efectuados ante el supermercado y su compañía aseguradora, con la consiguiente incertidumbre que la situación le ha generado, lo cual se ve intensificado a partir de no domiciliarse en esta localidad (v. 3, 23, 24, 25, 184, 244 y 245).

Es menester recordar que tanto la Constitución Nacional como la Provincial obligan a los prestadores de servicios a brindarles a los consumidores un trato digno y equitativo y el derecho a una información adecuada y veraz (art.42 Const. Nac. y art. 38 Const. Prov.), lo cual paralelamente ha sido contemplado en el artículo 8 bis de la ley 24.240 introducido por la ley 26.361, refiriéndose tanto a las tratativas previas a la constitución del vínculo, como a los comportamientos que la oferente desarrolla para crear la situación en la que realiza la prestación y a las conductas poscontractuales (v. SCBA LP C 109005 S 06/11/2012, in re *"Machinandiarena Hernández, Nicolás c/Telefónica de Argentina S.A. s/Reclamo de actos de particulares"*).

Es así que entiendo que lo antes expuesto es suficientemente demostrativo de una situación que supera con creces el piso mínimo de molestias esperables en el marco de una relación incluso de tipo contractual y, ante ello, cabe por tener debidamente acreditado el daño moral reclamado por la accionante.

Conjugado con lo anterior, resulta conducente sopesar además que la prueba testimonial producida a instancias del beneficio de litigar sin gastos evidencia diversos aspectos de su vida en relación (léase que se sostiene con el sueldo de enfermera, que reside en un departamento en la localidad de Miramar, que tiene dos hijos a cargo y que se encuentra separada de su pareja), que también deben ser atendidos a los fines de lograr una evaluación integral de este parcial, teniendo en consideración que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

el suceso necesariamente se proyecta sobre su vida cotidiana (v. fs. 321, 324, 325 y 331/333).

En base a todo ello, y sopesando además la edad de la accionante al momento del hecho dañoso (32 años; ver fs. 23/4) y que es de sexo femenino, estimo -de acuerdo a lo dispuesto por el art. 165 "in fine" del código ritual y valorando que se ha sujetado el reclamo a o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse" (v. a tal efecto lo expuesto en el punto "Vc" del presente resolutorio)- que debe fijarse el monto indemnizatorio en concepto de daño moral en la suma de PESOS CUARENTA MIL (\$ 40.000), sin intereses por no haber sido objeto de petición (SCBA LP B 62426 RSD-181-16 S 24/08/2016 in re "*Nikonczuk, Nadya c/ Caja de Prevision Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Coadyuvante: Roudak de Flores, Sofía s/ Demanda contencioso administrativa*"; arts. 519, 520, 522 y ccdtes. del Código Civil; arts. 1737/1740 y ccdtes. del Código Civil y Comercial de la Nación; arts. 165, 266, 267, 362, 375, 384, 385 y ss., 424, 456 y ccdtes. del CPC).

VI.c) Costas:

No existiendo mérito para apartarme del principio objetivo de la derrota, las costas de ambas instancias han de imponerse a los accionados, dada su condición de vencidos, revocándose en el sentido propuesto el pronunciamiento recurrido (art. 68 del CPC; v. SCBA, C 89530 S 25-3-2009; C 112337 S 10-10-2012; entre tantos otros).

Con los alcances expuestos, propongo al Acuerdo la admisión de los agravios traídos a esta instancia (arts. 266, 267 y ccdtes. del CPC).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Corresponde: **I)** Hacer lugar al recurso de apelación deducido a fs. 380, revocando en consecuencia la sentencia de fs. 366/373, admitiendo la demanda de daños y perjuicios incoada por la Sra. Natalia Jimena Parodi contra la empresa INC Sociedad Anónima (Carrefour Argentina) por los rubros "daño emergente" y "daño moral", que prosperan respectivamente por las sumas de \$ 16.300 y \$ 40.000, condenando en definitiva a la demandada conjuntamente con la citada en garantía Zurich Argentina Cía. de Seguros S.A. -esta última en los términos y límites de la póliza nro. N° 14-3924-, a abonar a la parte actora dentro del plazo de DIEZ DÍAS la suma total de PESOS CINCUENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS (\$ 56.300), bajo apercibimiento de ejecución (art. 163 inc. 7 del CPC); **II)** Rechazar el rubro privación de uso; **III)** Imponer las costas de ambas instancias a cargo de los accionados dada su condición de vencidos (arts. 68 y 274 del CPC); **IV)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente;

S E N T E N C I A

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo:

I) Se hace lugar al recurso de apelación deducido a fs. 380, revocándose en consecuencia la sentencia de fs. 366/373, admitiéndose la demanda de daños y perjuicios incoada por la Sra. Natalia Jimena Parodi contra la empresa INC Sociedad Anónima (Carrefour Argentina) por los rubros "daño emergente" y "daño moral", que prosperan respectivamente por las sumas de \$ 16.300 y \$ 40.000, condenándose en definitiva a la demandada conjuntamente con la citada en garantía Zurich Argentina Cía. de Seguros S.A. -esta última en los términos y límites de la póliza nro. N° 14-3924-, a abonar a la parte actora dentro del plazo de DIEZ DÍAS la suma total de



PESOS CINCUENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS (\$ 56.300), bajo apercibimiento de ejecución (art. 163 inc. 7 del CPC); **II)** Se rechaza el rubro privación de uso; **III)** Se imponen las costas de ambas instancias a cargo de los accionados dada su condición de vencidos (arts. 68 y 274 del CPC); **IV)** Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del CPC). Devuélvase.

NELIDA I. ZAMPINI

RUBEN D. GEREZ

Marcelo M. Larralde

Auxiliar Letrado

Causa N° 14.687 Obra Social Unión Personal (demandado) s/ amparo

San Isidro, 25 de octubre de 2016.-

AUTOS Y VISTOS:

A fin de resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. 89/94 de la presente, contra la sentencia obrante a fs. 79/84 mediante la cual se resolvió: **"I.- HACER LUGAR A LA ACCION DE AMPARO promovida por la Sra. CONFORTO CATIA y por el Sr. MOISES CALDERON, con el patrocinio letrado del Dr. Heber Edgardo Junik, Y ORDENAR A LA OBRA SOCIAL UNIÓN PERSONAL DE LA UNION DEL PERSONAL CIVIL DE LA NACION, a que dentro del plazo de diez días, provea a los amparistas del procedimiento médico de "Fertilización Asistida de Alta Complejidad por Ovodonación", conforme a la recomendación médica efectuada por el Dr. Rubén P. Lipowicz...II.- DECLARAR ABSTRACTA LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA..."**.

Y CONSIDERANDO:

Sometida al acuerdo la presente causa y practicado el sorteo de rigor, resultó el siguiente orden de votación: en primer lugar el Dr. Ernesto A. A. García Maañón y en segundo término, el Dr. Duilio A. Cámpora.

Seguidamente los Sres. Jueces resolvieron plantear y votar la siguiente cuestión:

1.- ¿Es admisible la impugnación planteada?

2.- ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION EL SR. JUEZ, DR. GARCÍA MAAÑÓN, DIJO:

Que la recurrente resulta legitimada *ex lege* para la interposición del recurso en cuestión, poseyendo interés directo en su resolución, como surge de las constancias del presente. Asimismo, deviene adecuado el remedio impugnativo intentado en relación a la resolución atacada y jurídicamente posible por integrar el catálogo de pronunciamientos jurisdiccionales materia del recurso de apelación, de conformidad a los arts. 16 y 17 de ley 13298.-

En consecuencia, observados los presupuestos de legitimación subjetiva y objetiva a examinar, se advierten asimismo abastecidos los requisitos de tiempo, lugar y forma del presente por lo que, a la primer pregunta del epígrafe, **VOTO POR LA AFIRMATIVA.** (Arts. 171 y 168 de la Const. Pcia. de Bs. As. y 337, 439, 442, 446 *a contrario sensu* y concordantes del C.P.P. y art. 57 del decreto ley 8904/77)

A LA PRIMERA CUESTION EL SR. JUEZ, DR. CÁMPORA, DIJO:

Adhiero al voto de mi colega de Sala, Dr. García Maañón, por sus mismos motivos y fundamentos. (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; art. 106 del C.P.P.).

A LA SEGUNDA CUESTION EL SR. JUEZ, DR. GARCÍA MAAÑÓN, DIJO:

I.- Que a fs. 79/84 vta. la Sra. Jueza en lo Correccional n° 5, Dra. Andrea C. Pagliani, resolvió: "**I.- HACER LUGAR A LA ACCION DE AMPARO promovida por la Sra. CONFORTO CATIA y por el Sr. MOISES CALDERON, con el patrocinio letrado del Dr. Heber Edgardo Junik, Y ORDENAR A LA OBRA SOCIAL UNIÓN PERSONAL DE LA UNION DEL PERSONAL CIVIL DE LA**

NACION, a que dentro del plazo de diez días, provea a los amparistas del procedimiento médico de "Fertilización Asistida de Alta Complejidad por Ovodonación", conforme a la recomendación médica efectuada por el Dr. Rubén P. Lipowicz...**II.- DECLARAR ABSTRACTA LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA...".-**

II.- En función de lo resuelto, la Dra. Noelia Ramallo en su carácter de letrada apoderada de la Obra Social Unión Personal de la Unión del personal Civil de la Nación, incoa recurso de apelación y solicita que se revoque la sentencia dictada por el *a quo* en orden a distintos argumentos a los que me remito en razón de brevedad.-

III.- Luego de un análisis de la resolución en crisis y sus fundamentos, así como del soporte demostrativo en que se sustenta la decisión del Juez *a quo*, entiendo que el recurso de apelación interpuesto no debe prosperar.

En prieta síntesis, los amparistas se presentan a fs. 7/12 y promueven acción de amparo con el objeto de que la Obra Social Unión Personal de la Unión del Personal Civil de la Nación realice el tratamiento de fertilidad de alta complejidad por Ovodonación.

Luego, a fs. 79/84vta. la magistrada *a quo* hace lugar al planteo de la parte actora y, en consecuencia, condena a la demandada a la realización de la práctica en el término de diez días en el entendimiento de que la cobertura de tal procedimiento se encuentra especialmente previsto en la ley 28.862, entre otros argumentos.

Por su parte, la demandada apeló la sentencia referida en función de dos argumentos centrales, por un lado indica que la ley de fertilidad no establece en

concreto la ovodonación y, por el otro, en que tal práctica introduce cuestiones de bioética con la intervención de terceros -dador- que exceden el espíritu que el legislador tuvo en cuenta para la sanción de la ley.-

Como lo adelantara en el introito del considerando, habré de rechazar los planteos opuestos por la demandada respecto de la sentencia del *a quo* toda vez que, a contrario de lo que manifiesta la impugnante, el procedimiento solicitado por la actora se encuentra expresamente previsto por la ley aplicable al caso.

En esta senda, debo destacar que el derecho a la salud goza de posicionamiento en la Constitución Nacional (Art. 75 inc. 22) en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (Art. 36 incs. 1 y 4) y, en documentos de mayor jerarquía, pues ha sido subrayado en numerosos tratados de derechos humanos, todos con jerarquía constitucional (vgr. art. 6 y 9 de la D.A.D.H. arts. 7,8 y 25 de la D.U.D.H. y arts. 24 y 25 de la C.A.D.H.).-

Todo este plexo normativo supranacional ha sido receptado en nuestro derecho interno a través de la ley nacional 26.862, que en su artículo 8, expresa: *"El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la*

Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios".

Por su parte, el artículo 2 de su decreto reglamentario, dispone que: "Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante."

La sanción de la ley sobre fertilidad responde a que en la literatura médica ya no se discute que se trata de una enfermedad, así lo afirma la Organización Mundial de la Salud y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, ha dispuesto que: "...los hombres y mujeres afectados por la infertilidad son personas que sufren una enfermedad del sistema reproductivo, definida como

incapacidad de lograr un embarazo clínico" (C.I.D.H. Artavia Murillo y otros "fecundación in vitro" c/ Costa Rica 28/11/12 La ley 2013-A160;2013 B, 379, responsabilidad y seguros, 2013 V).-

Por su parte, la ley 14208 de nuestra provincia, ha receptado de igual forma todos estos principios, en efecto, en su artículo 1, reza lo siguiente: *"La presente Ley tiene por objeto el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Asimismo se reconoce la cobertura médico asistencial integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo y los procedimientos y técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones, que la Organización Mundial de la Salud (OMS) define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la Autoridad de Aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios".*

Asimismo, el artículo 2 de este cuerpo normativo, agrega que: *"La infertilidad es la dificultad de una pareja de concebir un niño naturalmente o de llevar un embarazo a término, luego de un año de vida sexual activa. A su vez, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo".*

No puedo pasar de soslayo en este contexto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en diferentes pronunciamientos estableciendo parámetros concretos respecto a las obligaciones de los prestadores de salud y del Estado Nacional.

Así como lo expresa la demandada en sus agravios, no se encuentra controvertido que asiste razón a los amparistas respecto a la necesidad de realizar un procedimiento de fertilización. Luego, la negación que realiza la accionada respecto a la práctica de ovodonación específicamente no tiene anclaje legal alguno, pues contrariamente a la tesis que sostiene, tal como he transcripto precedentemente, la ley de modo expreso lo autoriza.

En otro orden de cosas, la demandada intenta presentar un vetusto debate ético en el que fútilmente intenta sin éxito una distinción entre la ovodonación y un procedimiento de fertilidad, para ello, expresa lo siguiente: *"...es por ello que el legislador cuando introdujo la práctica de fertilidad al alcance de los ciudadanos no le dio el alcance de manipular genéticamente óvulos y espermatozoides, si no que le dio la seguridad a los ciudadanos de la República de poder acceder a los tratamientos de fertilidad en forma general"*

Esta afirmación encierra un doble contrasentido, en primer término, los procedimientos, tanto FIV como ICSI, sean o no mediante ovodonación se llevan a cabo con la manipulación de los embriones en un laboratorio, pues no es una práctica de resorte exclusivo de la dación de óvulos.

En segundo lugar, la propia demandada expresa que el objeto de la ley es que los ciudadanos tengan acceso a este tipo de procedimientos, y específicamente, a diferencia de lo expuesto por la demandada, la ley contempla

la situación de los amparistas, con lo cual estos agravios no hacen más que confirmar la razonabilidad de la sentencia dictada por el *a quo*.-

Por todos los motivos expuestos, toda vez que la sentencia apelada se encuentra debidamente fundada y los agravios de la demandada no han sido conducentes para lograr revertir la conclusión arribada por el *a quo*, es que corresponde confirmar la sentencia apelada con costas a la demandada. Así lo voto (Art. 75 inc. 22 C.N. Arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; ley 28.862, ley 14.208 y ley, 13.928)

A LA SEGUNDA CUESTION EL SR. JUEZ, DR. CÁMPORA, DIJO:

Adhiero al voto de mi colega de Sala, Dr. García Maañón, por sus mismos motivos y fundamentos. (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; art. 106 del C.P.P.)

Por todo lo expuesto, el Tribunal

RESUELVE

I.- DECLARAR ADMISIBLE el recurso de apelación interpuesto a fs. 89/94, por los motivos expuestos en el considerando. (Arts. 171 y 168 de la Const. Pcia. de Bs. As. y 337, 439, 442, 446 *a contrario sensu* y concordantes del C.P.P. y 57 del decreto ley 8904/77)

II.- CONFIRMAR la resolución obrante a fs. 79/84 vta. de la presente incidencia, en todo cuanto fuere materia de agravio, por los motivos expuestos en el considerando. (Art. 75 inc. 22 C.N. Arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; ley 28.862, ley 14.208 y ley, 13.928)

Regístrese y devuélvase al juzgado de origen conforme Acuerdo 693 de

esta Excma. Cámara de Apelaciones, encomendando a su Secretario practique las notificaciones pertinentes; sirva el presente de atenta nota de estilo.

FDO: Ernesto A. A. García Maañón - Duilio A. Cámpora.

Ante mí: Bernardo Hermida Lozano

Causa N° 14.687 Obra Social Unión Personal (demandado) s/ amparo

San Isidro, 25 de octubre de 2016.-

AUTOS Y VISTOS:

A fin de resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. 89/94 de la presente, contra la sentencia obrante a fs. 79/84 mediante la cual se resolvió: **"I.- HACER LUGAR A LA ACCION DE AMPARO promovida por la Sra. CONFORTO CATIA y por el Sr. MOISES CALDERON, con el patrocinio letrado del Dr. Heber Edgardo Junik, Y ORDENAR A LA OBRA SOCIAL UNIÓN PERSONAL DE LA UNION DEL PERSONAL CIVIL DE LA NACION, a que dentro del plazo de diez días, provea a los amparistas del procedimiento médico de "Fertilización Asistida de Alta Complejidad por Ovodonación", conforme a la recomendación médica efectuada por el Dr. Rubén P. Lipowicz...II.- DECLARAR ABSTRACTA LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA..."**.

Y CONSIDERANDO:

Sometida al acuerdo la presente causa y practicado el sorteo de rigor, resultó el siguiente orden de votación: en primer lugar el Dr. Ernesto A. A. García Maañón y en segundo término, el Dr. Duilio A. Cámpora.

Seguidamente los Sres. Jueces resolvieron plantear y votar la siguiente cuestión:

1.- ¿Es admisible la impugnación planteada?

2.- ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION EL SR. JUEZ, DR. GARCÍA MAAÑÓN, DIJO:

Que la recurrente resulta legitimada *ex lege* para la interposición del recurso en cuestión, poseyendo interés directo en su resolución, como surge de las constancias del presente. Asimismo, deviene adecuado el remedio impugnativo intentado en relación a la resolución atacada y jurídicamente posible por integrar el catálogo de pronunciamientos jurisdiccionales materia del recurso de apelación, de conformidad a los arts. 16 y 17 de ley 13298.-

En consecuencia, observados los presupuestos de legitimación subjetiva y objetiva a examinar, se advierten asimismo abastecidos los requisitos de tiempo, lugar y forma del presente por lo que, a la primer pregunta del epígrafe, **VOTO POR LA AFIRMATIVA.** (Arts. 171 y 168 de la Const. Pcia. de Bs. As. y 337, 439, 442, 446 *a contrario sensu* y concordantes del C.P.P. y art. 57 del decreto ley 8904/77)

A LA PRIMERA CUESTION EL SR. JUEZ, DR. CÁMPORA, DIJO:

Adhiero al voto de mi colega de Sala, Dr. García Maañón, por sus mismos motivos y fundamentos. (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; art. 106 del C.P.P.).

A LA SEGUNDA CUESTION EL SR. JUEZ, DR. GARCÍA MAAÑÓN, DIJO:

I.- Que a fs. 79/84 vta. la Sra. Jueza en lo Correccional n° 5, Dra. Andrea C. Pagliani, resolvió: "**I.- HACER LUGAR A LA ACCION DE AMPARO promovida por la Sra. CONFORTO CATIA y por el Sr. MOISES CALDERON, con el patrocinio letrado del Dr. Heber Edgardo Junik, Y ORDENAR A LA OBRA SOCIAL UNIÓN PERSONAL DE LA UNION DEL PERSONAL CIVIL DE LA**

NACION, a que dentro del plazo de diez días, provea a los amparistas del procedimiento médico de "Fertilización Asistida de Alta Complejidad por Ovodonación", conforme a la recomendación médica efectuada por el Dr. Rubén P. Lipowicz...**II.- DECLARAR ABSTRACTA LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA...".-**

II.- En función de lo resuelto, la Dra. Noelia Ramallo en su carácter de letrada apoderada de la Obra Social Unión Personal de la Unión del personal Civil de la Nación, incoa recurso de apelación y solicita que se revoque la sentencia dictada por el *a quo* en orden a distintos argumentos a los que me remito en razón de brevedad.-

III.- Luego de un análisis de la resolución en crisis y sus fundamentos, así como del soporte demostrativo en que se sustenta la decisión del Juez *a quo*, entiendo que el recurso de apelación interpuesto no debe prosperar.

En prieta síntesis, los amparistas se presentan a fs. 7/12 y promueven acción de amparo con el objeto de que la Obra Social Unión Personal de la Unión del Personal Civil de la Nación realice el tratamiento de fertilidad de alta complejidad por Ovodonación.

Luego, a fs. 79/84vta. la magistrada *a quo* hace lugar al planteo de la parte actora y, en consecuencia, condena a la demandada a la realización de la práctica en el término de diez días en el entendimiento de que la cobertura de tal procedimiento se encuentra especialmente previsto en la ley 28.862, entre otros argumentos.

Por su parte, la demandada apeló la sentencia referida en función de dos argumentos centrales, por un lado indica que la ley de fertilidad no establece en

concreto la ovodonación y, por el otro, en que tal práctica introduce cuestiones de bioética con la intervención de terceros -dador- que exceden el espíritu que el legislador tuvo en cuenta para la sanción de la ley.-

Como lo adelantara en el introito del considerando, habré de rechazar los planteos opuestos por la demandada respecto de la sentencia del *a quo* toda vez que, a contrario de lo que manifiesta la impugnante, el procedimiento solicitado por la actora se encuentra expresamente previsto por la ley aplicable al caso.

En esta senda, debo destacar que el derecho a la salud goza de posicionamiento en la Constitución Nacional (Art. 75 inc. 22) en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (Art. 36 incs. 1 y 4) y, en documentos de mayor jerarquía, pues ha sido subrayado en numerosos tratados de derechos humanos, todos con jerarquía constitucional (vgr. art. 6 y 9 de la D.A.D.H. arts. 7,8 y 25 de la D.U.D.H. y arts. 24 y 25 de la C.A.D.H.).-

Todo este plexo normativo supranacional ha sido receptado en nuestro derecho interno a través de la ley nacional 26.862, que en su artículo 8, expresa: *"El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la*

Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios".

Por su parte, el artículo 2 de su decreto reglamentario, dispone que: "Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante."

La sanción de la ley sobre fertilidad responde a que en la literatura médica ya no se discute que se trata de una enfermedad, así lo afirma la Organización Mundial de la Salud y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, ha dispuesto que: "...los hombres y mujeres afectados por la infertilidad son personas que sufren una enfermedad del sistema reproductivo, definida como

incapacidad de lograr un embarazo clínico" (C.I.D.H. Artavia Murillo y otros "fecundación in vitro" c/ Costa Rica 28/11/12 La ley 2013-A160;2013 B, 379, responsabilidad y seguros, 2013 V).-

Por su parte, la ley 14208 de nuestra provincia, ha receptado de igual forma todos estos principios, en efecto, en su artículo 1, reza lo siguiente: *"La presente Ley tiene por objeto el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Asimismo se reconoce la cobertura médico asistencial integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo y los procedimientos y técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones, que la Organización Mundial de la Salud (OMS) define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la Autoridad de Aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios".*

Asimismo, el artículo 2 de este cuerpo normativo, agrega que: *"La infertilidad es la dificultad de una pareja de concebir un niño naturalmente o de llevar un embarazo a término, luego de un año de vida sexual activa. A su vez, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo".*

No puedo pasar de soslayo en este contexto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en diferentes pronunciamientos estableciendo parámetros concretos respecto a las obligaciones de los prestadores de salud y del Estado Nacional.

Así como lo expresa la demandada en sus agravios, no se encuentra controvertido que asiste razón a los amparistas respecto a la necesidad de realizar un procedimiento de fertilización. Luego, la negación que realiza la accionada respecto a la práctica de ovodonación específicamente no tiene anclaje legal alguno, pues contrariamente a la tesis que sostiene, tal como he transcripto precedentemente, la ley de modo expreso lo autoriza.

En otro orden de cosas, la demandada intenta presentar un vetusto debate ético en el que fútilmente intenta sin éxito una distinción entre la ovodonación y un procedimiento de fertilidad, para ello, expresa lo siguiente: *"...es por ello que el legislador cuando introdujo la práctica de fertilidad al alcance de los ciudadanos no le dio el alcance de manipular genéticamente óvulos y espermatozoides, si no que le dio la seguridad a los ciudadanos de la República de poder acceder a los tratamientos de fertilidad en forma general"*

Esta afirmación encierra un doble contrasentido, en primer término, los procedimientos, tanto FIV como ICSI, sean o no mediante ovodonación se llevan a cabo con la manipulación de los embriones en un laboratorio, pues no es una práctica de resorte exclusivo de la dación de óvulos.

En segundo lugar, la propia demandada expresa que el objeto de la ley es que los ciudadanos tengan acceso a este tipo de procedimientos, y específicamente, a diferencia de lo expuesto por la demandada, la ley contempla

la situación de los amparistas, con lo cual estos agravios no hacen más que confirmar la razonabilidad de la sentencia dictada por el *a quo*.-

Por todos los motivos expuestos, toda vez que la sentencia apelada se encuentra debidamente fundada y los agravios de la demandada no han sido conducentes para lograr revertir la conclusión arribada por el *a quo*, es que corresponde confirmar la sentencia apelada con costas a la demandada. Así lo voto (Art. 75 inc. 22 C.N. Arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; ley 28.862, ley 14.208 y ley, 13.928)

A LA SEGUNDA CUESTION EL SR. JUEZ, DR. CÁMPORA, DIJO:

Adhiero al voto de mi colega de Sala, Dr. García Maañón, por sus mismos motivos y fundamentos. (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; art. 106 del C.P.P.)

Por todo lo expuesto, el Tribunal

RESUELVE

I.- DECLARAR ADMISIBLE el recurso de apelación interpuesto a fs. 89/94, por los motivos expuestos en el considerando. (Arts. 171 y 168 de la Const. Pcia. de Bs. As. y 337, 439, 442, 446 *a contrario sensu* y concordantes del C.P.P. y 57 del decreto ley 8904/77)

II.- CONFIRMAR la resolución obrante a fs. 79/84 vta. de la presente incidencia, en todo cuanto fuere materia de agravio, por los motivos expuestos en el considerando. (Art. 75 inc. 22 C.N. Arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; ley 28.862, ley 14.208 y ley, 13.928)

Regístrese y devuélvase al juzgado de origen conforme Acuerdo 693 de

esta Excma. Cámara de Apelaciones, encomendando a su Secretario practique las notificaciones pertinentes; sirva el presente de atenta nota de estilo.

FDO: Ernesto A. A. García Maañón - Duilio A. Cámpora.

Ante mí: Bernardo Hermida Lozano