



La maternidad subrogada como trata y explotación de niños

INFORME OFICIAL DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU

Úrsula C. Basset

SUMARIO: I. Síntesis.— II. Marco general del informe.— III. La maternidad subrogada que cruza las fronteras.— IV. Un puerto seguro como punto de partida: prohibir y crear salvaguardas para prevenir la venta de niños.— V. Maternidad subrogada y adopción.— VI. Los abusos de la maternidad subrogada.— VII. La legalización y regulación no evita los abusos.— VIII. El marco internacional de la maternidad subrogada.— IX. Requisitos para que la maternidad subrogada constituya una venta de niños.— X. La inexistencia de un derecho al hijo.— XI. Obligaciones de los jueces y las autoridades estatales.— XII. En síntesis: tres requerimientos mínimos insoslayables para jueces y proyectos legislativos.— XIII. Establecimiento de mecanismos para prohibir, prevenir y erradicar la maternidad subrogada comercial.— XIV. En Argentina no se cumple ninguno de estos estándares. Todos los proyectos de ley violan las disposiciones mínimas de derecho internacional.

➔ El Informe Especial de la ONU parece querer poner claramente ante los ojos las implicancias de la maternidad subrogada y su semejanza con otros abusos cuya raíz se remonta al eje adultocéntrico en la filiación: basta centrar la regulación en el derecho al hijo, para habilitar el contrato filiatorio y hacer del hijo un objeto de un contrato. De ahí a fijar un precio y crear una organización que desarrolle compra y venta de niños y empleen mujeres para gestar hay un paso apenas. El intermedio es la pieza clave en esta práctica.

la idoneidad de los pretensos progenitores (“comitentes”).

Ninguno de los proyectos en la Argentina tiene esos estándares mínimos exigibles.

II. Marco general del informe

Era esperable que en algún momento la sensibilidad respecto de la maternidad subrogada despertara la atención de los organismos internacionales. La Informante Especial de Naciones Unidas, la holandesa Maud de Boer-Buquicchio, comienza su informe vinculando la maternidad subrogada con la trata de niños por entrega directa en adopción (ampliamente condenada a nivel internacional) (1).

El informe define a la maternidad subrogada como una “práctica reproductiva a través de un tercero en el que el progenitor de intención y la madre subrogada acuerdan que la subrogada quedará embarazada, gestará y dará a luz un hijo. Los acuerdos de subrogación generalmente incluyen una expectativa o acuerdo según el cual la madre subrogada transferirá el niño a los progenitores de intención sin retener la parentalidad o la responsabilidad parental. La subrogación ocurre generalmente en el contexto de técnicas de reproducción humana, como en la fertilización *in vitro* y la transferencia embrionaria para la *full-surrogacy* (subrogación completa) en la que la madre subrogada no está genéticamente relacionada con el niño y la inseminación artificial para la subrogación tradicional o parcial, en el que la madre subrogada está genéticamente relacionada con el niño. Los gametos pueden ser obtenidos por compra o ‘donación’ de otras partes que integran el acuerdo que no son ni los progenitores de in-

tención, ni la madre subrogada, y de esta forma, los progenitores de intención pueden estar o no vinculados genéticamente al niño” (2).

El informe se aplica tanto a la maternidad subrogada internacional como a la que se produce a nivel nacional, y se proyecta tanto sobre la maternidad subrogada comercial como a la maternidad subrogada altruista. Estas instituciones se estudian focalizando la atención en la compra y venta de niños. El punto de partida es que la maternidad subrogada viola los estándares internacionales de protección de la niñez (3).

El informante especial se hace eco de la posición de otros expertos en derechos humanos, que señalaron que la maternidad subrogada es una forma de discriminación contra las mujeres a través de la instrumentalización de su cuerpo para fines culturales, políticos y económicos, y que se ancla en un conservadurismo patriarcal (4). Recomienda a otros organismos internacionales a profundizar la investigación en torno a esta temática.

III. La maternidad subrogada que cruza las fronteras

Al igual que con la adopción internacional, el Comité se inquieta por la maternidad subrogada. Señala que la maternidad subrogada tiene patrones internacionales transfronterizos y una gran facilidad de desplazamiento de un país a otro. Generalmente, según se denuncia a partir de las investigaciones que lo fundamentan, se trata de progenitores de intención de países desarrollados (nosotros agregamos: personas pudientes de países en desarrollo también); y madres gestantes de países en desarrollo (5). Los países comiten-

tes y de provisión de servicios de gestación se desplazan rápidamente de acuerdo a las normativas locales (6). De ahí que la legislación en Argentina sobre la materia sea de especial trascendencia, sobre todo a la luz del alto grado de pobreza de las mujeres argentinas: es un país que con la legislación adecuada podría propiciar el reclutamiento de madres gestantes (7).

Esta situación pone el foco de atención enteramente sobre la recomendación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fornerón v. Argentina” en el que la Corte IDH recomienda a la Argentina penalizar con un tipo específico la venta de niños (8), tarea aún pendiente (9). Si bien la trata no había podido ser comprobada, la Corte entendió que “la obligación de adoptar todas las medidas para impedir toda “venta”, incluyendo su prohibición penal, está vigente desde el momento en que Argentina ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990”, que la Argentina estaba obligada a impedir la trata de niños que se producía a través de la adopción ilegal.

Recordemos que la *trata de niños* está definida en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía del 25/05/2000, suscrito por la Argentina, como “Todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución” (art. 2º). Se advierte rápidamente que la maternidad subrogada encuadra en esta definición en la casi totalidad de los casos.

I. Síntesis

La Informante Especial de la ONU sobre trata y explotación sexual incluyendo prostitución y pornografía de niños sostuvo en su informe del 15 de enero de este año 2018, en el marco de la Asamblea General, que la maternidad subrogada frecuentemente equivale a la trata de niños.

Recomienda prohibir la maternidad subrogada comercial, determinar en todos los casos la maternidad por el parto y no admitir contratos que impliquen la renuncia a la responsabilidad parental por parte de la madre.

Obliga a los jueces a investigar todo contrato de maternidad subrogada para asegurar que no haya venta o explotación y a evaluar

DOCTRINA. La maternidad subrogada como trata y explotación de niños. Informe oficial de la Asamblea General de la ONU

Úrsula C. Basset..... 1

NOTA A FALLO. El contralor efectivo del Sistema de Gestión Judicial. Su impacto procesal en el expediente judicial electrónico

Gastón E. Bielli y Andrés L. Nizzo..... 3

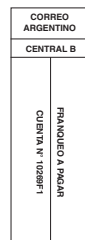
JURISPRUDENCIA

NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS. Notificación del pedido de acuse de caducidad de ins-

tancia. Falta de recepción. Fallas en el Sistema de Gestión Judicial (CNFed. Civ. y Com.).... 3

QUERELLANTE PARTICULAR. Legitimación procesal activa. Hecho de los dependientes. Disidencia (CFCasación Penal)..... 6

ACCIDENTE EN UN PARQUE DE ATRACCIONES. Obligación de seguridad. Responsabilidad objetiva por la prestación de servicio. Inoponibilidad de la franquicia (CNCiv.)..... 8



IV. Un puerto seguro como punto de partida: prohibir y crear salvaguardas para prevenir la venta de niños

El informe de la ONU aboga por una solución segura para salvaguardar la dignidad humana: “una premisa simple: todos los Estados están obligados a prohibir y crear salvaguardas para prevenir la venta de niños”. Lo cierto es que esta premisa no da una respuesta concluyente a la venta de niños, pero es el punto de partida correcto para afrontar la regulación, en el marco de la fuerte controversia entre las diversas posiciones que van desde regular la permisividad hasta la prohibición.

Especialmente la maternidad subrogada comercial “mina los derechos humanos y sus estándares” (10).

V. Maternidad subrogada y adopción

No pueden abandonarse los progresos hechos en el contexto de la adopción, en donde se evolucionó hacia abandonar el paradigma de las demandas adultas de un hijo, para colocarse en la posición de la posición del niño (11). La Informante Especial señala que es llamativo que los estándares internacionales que han sido rechazados para la adopción son ahora aceptados para maternidad subrogada (12). Se violan así los derechos y la dignidad de mujeres y niños, desplazando las violaciones del ámbito de la adopción, que ya han sido condenadas internacionalmente, al nuevo y rentable ámbito de la maternidad subrogada.

Si bien hay significativas diferencias entre la adopción y la subrogación, hay reglas que son aplicables a ambas, según el informe. Entre ellas, se encuentra la prohibición de la venta de los niños, el interés superior de los niños y la ausencia el derecho al hijo, regulaciones estrictas referidas a las transacciones económicas, identidad y acceso a los orígenes y protección contra toda forma de explotación.

Para el informe, estos estándares deben ser mantenidos en la maternidad subrogada.

VI. Los abusos de la maternidad subrogada

Las prácticas abusivas de la maternidad subrogada documentadas por informe incluyen:

a) Delincuentes sexuales de Australia e Israel que encargaron la gestación de niños a madres subrogadas en India y Tailandia.

b) Un hombre japonés pudiente que empleó 11 madres subrogadas dando lugar al nacimiento de 16 niños en India y Tailandia.

c) El abandono de los niños “supernumerarios” o que nacieron más allá del número de niños requerido en el caso de nacimientos de mellizos en India.

d) El tráfico de madres subrogadas a través de las fronteras para evitar los cambios de legislación local (en el caso, 15 mujeres tailandesas fueron liberadas por la policía), en esquemas semejantes a los de las *paridoras* en Argentina.

Siempre es posible mirar hacia el costado. No obstante, el informe parece querer poner claramente ante los ojos las implicancias de la práctica y su semejanza con otros abusos cuya raíz se remonta al eje adulto-céntrico en la filiación: basta centrar la regulación en el derecho al hijo, para habilitar el contrato filiatorio y hacer del hijo un objeto de un contrato. De ahí a fijar un precio y crear una organización que desarrolle la compra y venta de niños y empleen mujeres para gestar, como en los ejemplos referidos, hay un paso, apenas. El intermediario es la pieza clave en la maternidad subrogada.

VII. La legalización y regulación no evita los abusos

Contra toda expectativa, las prácticas abusivas ocurren en países en los que la maternidad subrogada comercial está ampliamente regulada (13). Por ejemplo, en California, en la que una red de trata llegó a tener un inventario de niños nacidos de maternidad subrogada que se vendían al valor de u\$s 100.000 cada uno (14). La red manejaba en torno a cien mil millones de dólares, según los reportes (15). También se refiere la reducción embrionaria como una práctica común, tal como surge del caso “Cook v. Harding” (16), fallado por la Corte de California, en el cual el mismo abogado que intervino en el famoso caso “Baby M.” falló en su pretensión de que se le otorgara a la gestante la custodia de los tres niños en virtud de que los comitentes le habían solicitado abortar al menos uno de los embriones que gestaba. Los subrogantes (comitentes) la demandaron por daños y perjuicios incluyendo los costos del tratamiento médico por el niño suplementario que ellos no querían tener.

VIII. El marco internacional de la maternidad subrogada

La maternidad subrogada queda incluida, según el informe, en el art. 2º (a) del Protocolo Adicional a la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que implica que, en principio, es una forma de trata de niños en el derecho internacional y debe ser encuadrada, de acuerdo con el informe de la ONU, en principio, en el delito de trata.

En el ámbito internacional se recomienda aplicar analógicamente la Convención de La Haya sobre la Protección del Niño y Cooperación en relación con la Adopción Internacional de 1993.

IX. Requisitos para que la maternidad subrogada constituya una venta de niños

Una maternidad subrogada constituye una venta de niños cuando se dan tres elementos: la remuneración o cualquier otra forma de retribución, la transferencia del niño y cuando la transferencia o la renuncia a los derechos parentales está vinculada a la retribución (17).

Se hacen, entonces, una serie de precisiones sobre la base de ejemplos de derecho comparado, sobre cuestiones relativas a la tipificación con relación al momento de la contratación, la renuncia a la responsabilidad parental y otras cuestiones tales como la situación de intermediarios, pero la consideración probablemente más importante es la que refiere la inexistencia de un “derecho al hijo”.

X. La inexistencia de un derecho al hijo

Es llamativo tener que decir, tan luego, que el hijo no es objeto de derechos. En el siglo XXI la perspectiva adulto-céntrica sobre los niños es de plena actualidad a raíz de estas nuevas formas de contractualización de la filiación (18).

El informe señala que “Los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos protegen el derecho de ‘fundar una familia’ o el ‘respeto de... la vida privada y familiar’. El lenguaje de un ‘derecho a procrear’ es usado a veces en los sistemas nacionales, a pesar de que esta terminología no se encuentra en los tratados de derechos humanos. Sobre bases como estas se argumenta que todos los adultos tienen derecho a crear una familia y tener hijos. Sin embargo, se reconoce que no hay ‘derecho al hijo’ bajo la legislación internacional” (19). El informe apunta a la manipulación del derecho internacional de los derechos humanos a fin de legalizar la práctica de la subrogación, cuando ésta aparece las más de las veces, como contraria a los derechos protegidos.

XI. Obligaciones de los jueces y las autoridades estatales

Los jueces y las autoridades son garantes de evitar toda forma de tráfico. Nace una obligación de investigar todas las maternidades subrogadas, para erradicar toda venta de niños. La negligencia en investigarlas podría implicar la connivencia con prácticas que impliquen la venta de niños y la trata de mujeres.

La Informante Especial de la ONU sostiene que “El Estado de los padres de intención no puede asumir que la maternidad subrogada es de beneficencia. Dado que hay un riesgo de venta de niños tanto en países en que se regula la maternidad subrogada como cuando no se regula, el Estado no debería reconocer automá-

ticamente el documento que establece la paternidad en el extranjero o el certificado de nacimiento de los países extranjeros con relación a las maternidades subrogadas comerciales, sino que debería investigar cuidadosamente los procedimientos extranjeros”.

No solamente eso: el Estado del que los padres comitentes provienen está obligado a conducir investigaciones que determinen si los padres comitentes son idóneos para la crianza de ese niño, y además investigar qué sucedió con la madre subrogada luego del parto, para ver si hubo venta de niños.

Deben evaluar la idoneidad de los padres de intención y dar lugar a la inscripción del nacimiento, así como la responsabilidad parental a los padres de intención sí y sólo si los padres de intención son idóneos y están cualificados para ejercer la responsabilidad parental, lo que debe ser determinado antes por parte del juez de la causa.

El niño no debe ser penalizado por la conducta de los comitentes ni discriminado por las circunstancias de su nacimiento, pero su mejor interés debe ser protegido, para lo cual es necesario asegurar que su mejor interés fue protegido: tanto respecto de su dignidad asegurando que no haya sido mercantilizado, como respecto de su bienestar, asegurando que sea criado en una familia idónea para su mejor desarrollo. También la madre subrogada tiene que ser protegida por el Estado de destino del niño, que no puede ser tolerante tampoco con la trata de mujeres (20).

La transferencia de la responsabilidad parental puede hacerse por los mecanismos previstos por cada Estado (p. ej., en Argentina, la adopción de integración o la adopción).

XII. En síntesis: tres requerimientos mínimos insoslayables para jueces y proyectos legislativos

En síntesis, el informe establece tres requerimientos mínimos insoslayables tanto para jueces como para proyectos de ley, a fin de evitar caer en la trata de niños y mujeres:

— *Primero: En los casos de maternidad subrogada, la maternidad debe establecerse por el parto.* La madre subrogada no puede ser obligada contractualmente a renunciar a su responsabilidad parental y sólo puede renunciar al hijo después del parto.

— *Segundo: Si la madre subrogada decide conservar al niño, “no” debe estar obligada a devolver el dinero ni a compartir la responsabilidad parental.* Todos los pagos deben ser hechos antes del parto y todos ellos deben ser no reembolsables (irrepetibles). Si la madre subrogada quiere conservar al niño, debe poder hacerlo y debe ser expresamente informada de esa posibilidad.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) It is a logical follow-up to the study on illegal adoptions, wherein the Special Rapporteur already noted that “the international regulatory vacuum that persists in relation to international commercial surrogacy arrangements leaves children born through this method vulnerable to breaches of their rights, and the practice often amounts to the sale of children”, *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*, A/HRC/37/60, presentado ante la Asamblea general de la ONU el 15/01/2018.

(2) La traducción es nuestra y reproduce el párrafo 10 del informe precitado.

(3) “The implications of surrogacy for women’s rights is beyond the scope of the present study, except as regards issues that affect both children’s rights and women’s rights, or certain clear rights violations that illuminate regulatory or enforcement issues”, Nota II, cit.

(4) “Report of the Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice”, del 07/04/2016, A/HRC/32/44, para. 106 (a). Puede consultarse en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/070/93/PDF/G1607093.pdf?OpenElement>.

(5) *Report of the Special Rapporteur on the sales...*,

cit. par. 13.

(6) *Report of the Special Rapporteur on the sales...*, cit. par. 18.

(7) Cfr. nuestro trabajo en BASSET, Úrsula - ALES URÍA, María de las Mercedes, “Legislar sobre la maternidad subrogada”, LA LEY, 2018-C, 798.

(8) “La Corte considera que la sanción penal es una de las vías idóneas para proteger determinados bienes jurídicos. La entrega de un niño o niña a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución afecta claramente bienes jurídicos fundamentales tales como su libertad, su integridad personal y su dignidad, resultando uno de los ataques más graves contra un niño o niña, respecto de los cuales los adultos aprovechan su condición de vulnerabilidad. La Relatora Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, ha señalado que la venta de niños y niñas debe “condenarse, cualquiera que fuera su motivación o finalidad, pues reduc[e] al niño a la condición de mercancía y conced[e] a los padres o a cualquier ‘vendedor’ la facultad de disponer de él como si fuera un bien mueble”, Corte IDH, “Fornerón v. Argentina”, 2012, par. 140. El resaltado es nuestro.

(9) La trata de niños fue regulada en un párrafo, ley 26.364, art. 6º: “En el caso de niños, niñas y adolescen-

tes, además de los derechos precedentemente enunciados, se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales que implican la condición de ser un sujeto en pleno desarrollo de la personalidad. En ningún caso podrán ser sometidos a careos. Las medidas de protección de derechos aplicables no podrán restringir sus derechos y garantías, ni implicar privación de su libertad. Se procurará la reintegración a su familia nuclear o ampliada o a su comunidad”. Puede advertirse que la obligación de legislar específicamente contra la trata de niños es tarea pendiente.

(10) *Report of the Special Rapporteur...*, par. 24.

(11) Habíamos sostenido esta posición, sugiriendo que las técnicas de reproducción humana asistida vieran como criterio central el niño y no el deseo adulto en muchos de nuestros escritos. El alineamiento de esta idea con los derechos humanos de los niños y la dignidad humana resulta ahora patente. Ver p. ej., BASSET, Úrsula, “La democratización de la filiación asistida”, LA LEY, 2014-F, 609.

(12) *Report of the Special Rapporteur...*, par. 26.

(13) “However, it is not accurate that regulated commercial surrogacy systems avoid the sale of children. Thus, in 2017, the Committee on the Rights of the Child stated, in regard to the United States, that it was “never-

theless concerned that widespread commercial use of surrogacy in the State party may lead... to the sale of children”, *Report of the Special Rapporteur...*, par. 68.

(14) *Report of the Special Rapporteur...* par. 30, con cita de David M. Smolin Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry’s Global Marketing of Children, 43 Peps. L. Rev. 265 (2016), que puede consultarse online en: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol43/iss2/2/>.

(15) Los datos se toman de la página del FBI: Federal Bureau of Investigation, “Baby-selling ring busted”. Available at <https://archives.fbi.gov/archives/sandiego/press-releases/2011/baby-selling-ring-busted>.

(16) “Cook v. Harding”, 190 F. Supps. 3d 921 - Dist. Court, CD California 2016.

(17) *Report of the Special Rapporteur...*, Sección D.

(18) Sobre esto, merece la pena el análisis de la matriz contractual de la nueva filiación por BORDA, Alejandro, “Los contratos en la procreación asistida, en *Derecho Moderno, Liber Amicorum, Marcos M. Córdoba*, Ed. Rubinzal-Culzoni Eds., Santa Fe, 2014, t. I, ps. 495-52.

(19) *Report of the Special Rapporteur...*, par. 64.

(20) Todo según el *Report of the Special Rapporteur...* cit., par. 70.

dad y de que elegir conservarlo no acarreará ninguna consecuencia lesiva a sus intereses.

—Tercero: La inscripción de una maternidad subrogada ya hecha requiere el control de un juez, al menos, de los siguientes aspectos:

— No se ha dado ninguna de las condiciones anteriores ni ha habido ningún tipo de transferencia o trata, ni se ha pagado ninguna suma por la madre ni por el niño.

— A tal efecto, se deben revisar los documentos y los antecedentes.

— El juez de destino del niño debe asegurar que los progenitores comitentes no han incurrido en compra y venta de niños.

— El juez debe asegurar procedimientos de investigación que permitan comprobar la idoneidad de los comitentes para el ejercicio de la responsabilidad parental.

— Proteger la identidad del niño, con todos sus antecedentes.

XIII. Establecimiento de mecanismos para prohibir, prevenir y erradicar la maternidad subrogada comercial

Además, se recomienda la prohibición de la maternidad subrogada comercial. Todo ello exige crear mecanismos para prevenir la venta de niños en el contexto de maternidad subro-

gada. Los Estados deberían prohibir expresamente la maternidad subrogada comercial con un sistema comprensivo legal que evite que éstas se produzcan y establezca mecanismos para sancionar toda maternidad subrogada comercial que sea detectada con otros de punición adecuada.

Estos mecanismos deben evitarse también respecto de las maternidades subrogadas altruistas. El informe da por centrado que un número importante de maternidades subrogadas, que se denominan *altruistas*, encubre en realidad otra cantidad de maternidades comerciales.

XIV. En Argentina no se cumple ninguno de estos estándares. Todos los proyectos de ley violan las disposiciones mínimas de derecho internacional

Salvo honrosa excepción, la mayoría de los casos resueltos en Argentina no aplica los criterios mínimos que aquí se exponen. El deber del juez de asegurarse que no haya habido compra y venta de niños o aspectos comerciales en la transacción de maternidades subrogadas de famosos o de ciudadanos comunes no ha sido satisfecho. La dignidad de niños y mujeres está en juego, y la tolerancia puede implicar la convalidación de prácticas de venta de niños.

A partir de ahora será necesario implementar regularmente controles en todos los casos

que haya maternidad subrogada al extranjero o en la Argentina, para excluir que haya habido una maternidad subrogada comercial o cualquier forma de trata. Lo contrario implicaría complicidad o convalidación.

Los jueces deberán comprobar que la maternidad se determine por el parto. Lo contrario es convalidar un contrato y no garantizar la dignidad de la madre gestante. El abandono del niño después del parto no puede ser objeto de contrato alguno. Por ello la determinación de la maternidad debe ser por el parto; y si se produce el abandono del hijo, la maternidad debe establecerse por los medios que ofrece cada jurisdicción.

Los jueces deberán también investigar la idoneidad de los comitentes. Si se sigue la jurisprudencia europea, los padres que compraron a sus hijos en un acuerdo de maternidad subrogada no son idóneos para llevar adelante la crianza de un niño. La sola idea de que un niño puede ser objeto de un contrato por el que se puede pagar es suficiente para excluir la idoneidad de un pretense progenitor.

También deberán explorar los aspectos más esenciales: excluir las patologías básicas de importancia en cualquier pretense adoptante y asegurar las condiciones mínimas de crianza: el centro es el interés del niño, no el deseo del hijo. Todo ello, para estar a tiro con las recomendaciones del Comité contra la Trata de Niños.

Respecto de los proyectos de ley: Ninguno de los los hasta ahora contemplados cumple con ninguna de estas recomendaciones. Si Argentina verdaderamente quiere excluir y evitar la trata de niños, ninguno de los proyectos actuales cumple con los estándares mínimos.

Es un mensaje claro: Si hay compromiso para prevenir y erradicar la trata de niños y mujeres, el punto de partida sería una clara prohibición de la maternidad subrogada comercial y el respeto en la Argentina de la determinación de la maternidad por el parto. ●

Cita on line: AR/DOC/1257/2018

MÁS INFORMACIÓN

Basset, Úrsula C. - Ales Uría, Mercedes, "Legislar sobre la maternidad subrogada", LA LEY, 2018-C, 798; AR/DOC/598/2018.

Lafferriere, Jorge N. - Eleta, Juan Bautista, "Maternidad subrogada: la pretensión de legislar a través de una acción colectiva", LLCABA 2018 (febrero), 3; DFyP 2018 (abril), 179, RCCyC 2018 (mayo), 131; AR/DOC/3317/2017.

Sambrizzi, Eduardo A., "Otra sentencia de maternidad subrogada en que se hace caso omiso de las normas vigentes", LA LEY, 2017-D, 64; LLLPatagonia 2018 (abril), 7; AR/DOC/2116/2017.

NOTA A FALLO

Notificaciones electrónicas

Notificación del pedido de acuse de caducidad de instancia. Falta de recepción. Fallas en el Sistema de Gestión Judicial.

- 1.- El auto que tuvo por acreditada la notificación —del pedido de acuse de caducidad de instancia efectuado por la demandada— con las constancias del sistema informático del Poder Judicial y, en consecuen-

cia, por extemporánea la presentación de la actora, debe ser dejado sin efecto, pues existe un informe que da cuenta de las fallas en el Sistema de Gestión Judicial —Lex 100— en la fecha en que se habría cursado la cédula de notificación cuestionada y esto dirime el conflicto y disipa toda duda acerca de la falta de recepción de la notificación, que —asimismo— es corroborada por la información que surge de las copias del portal de la letrada.

- 2.- El historial guardado del Sistema de Gestión Judicial —Lex 100— por la Di-

rección de Sistema de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 8.i] de la Ac. CS 31/2011) no necesariamente debe prevalecer sobre otro registro o informe que nació y se desarrolló en ese mismo y único sistema en el que interactúan diversas partes que lo componen: *hardware*, *software* y soporte humano; en el caso se cuenta, por un lado, con la impresión de pantalla del historial del sistema Lex 100, del que se sigue que la notificación cuestionada fue cursada, y, por otro, consta la impresión de pantalla del portal del sis-

tema por el que la letrada accede a las notificaciones que recibe, que deja ver lo contrario, por lo que debe dejarse sin efecto el auto que tuvo por acreditada la notificación.

121.364 — CNFed. Civ. y Com., sala II, 29/05/2018. - HBI Branded Apparel Enterprises LLC c. Viela SA s/ cese de oposición al registro de marca.

[Cita on line: AR/JUR/19537/2018]

El contralor efectivo del Sistema de Gestión Judicial

SU IMPACTO PROCESAL EN EL EXPEDIENTE JUDICIAL ELECTRÓNICO

Gastón E. Bielli y Andrés L. Nizzo

SUMARIO: I. Introito. — II. El fallo. — III. Normativa aplicable al caso. — IV. Implementación del expediente judicial electrónico. Sistemas de contralor de los sistemas informáticos en general. — V. El contralor de los sistemas informáticos en particular: las experiencias en los Poderes Judiciales de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires. — VI. Análisis de lo decidido en el caso. Conclusiones y reflexiones.

I. Introito

En los últimos años, la informática jurídica de gestión —u operacional— ha impactado de lleno en la praxis cotidiana de todos aquellos sujetos involucrados en la gestión de un proceso judicial: empleados, funcionarios y magistrados, partes, letrados y auxiliares de justicia en general se enfrentan a

inéditos desafíos que imponen transformar la lógica de los procedimientos empleados para garantizar una adecuada administración de justicia.

En la órbita del Poder Judicial de la Nación, con apoyo en la ley 26.685 (1), la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de la Magistratura han implementado un Sistema de Gestión

Judicial, mediante el cual se pretende acometer la digitalización de todos los procesos judiciales a través del empleo de documentos, firmas digitales y comunicaciones electrónicas, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales instrumentados en soporte papel.

Como es sabido, el Sistema de Gestión Judicial aplicado a materializar el expediente electrónico se denomina *Lex 100*, el cual es utilizado en forma obligatoria en todos los fueros del Poder Judicial de la Nación —tanto en la justicia nacional como en la federal— y en todas las instancias, desde juzgados de Primera Instancia, pasando por Cámaras y Tribunales, hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Para los operadores *internos* —léase empleados, funcionarios y magistrados judiciales—, el *Lex 100* funciona a través de una página *web* a la que se accede por medio de la red interna (*intranet*) del Poder Judicial de la Nación, y éste da soporte a la generación y edición de proveídos, resoluciones y

sentencias judiciales, así como a la consulta de los trámites producidos en el expediente digital.

Por su parte, para acceder a los diversos módulos que ofrece el Sistema de Gestión Judicial —consulta de causas judiciales, Sistema de Notificaciones Electrónicas e ingreso de copias *web*—, los usuarios *externos* —abogados— deben ingresar a un sitio *web*, al cual se accede a través del portal de gestión de causas de la *web* del Poder Judicial de la Nación (*portalpjn.pjn.gov.ar/*) (2).

El propósito del Sistema de Gestión Judicial, desde la faz ya sea de los usuarios *internos* como de los *externos* y la interrelación existente entre los distintos módulos que lo componen, no es otro que ofrecer sustento al ingreso, resguardo, análisis y procesamiento de los datos vinculados al expediente judicial. Empero, en ocasiones ese esencial propósito se ve truncado por factores externos que pueden potencialmente afectar el adecuado funcionamiento del sistema, tal el caso de una eventual pérdida de datos.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723) (1) Sanc.: 01/06/2011; promul.: 30/06/2011; publ.: BO del 07/07/2011.

(2) BIELLI, Gastón E. - NIZZO, Andrés L., "Derecho procesal informático", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 255.

! COSTAS

En el orden causado en atención a que las causas que originaron el contradictorio resuelto resultan ajenas a ambas partes.

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 29 de 2018.

Considerando: I. Mediante el auto recurrido el Sr. juez de grado tuvo por extemporánea la presentación de la actora de fs. 400/1 y por acreditada la notificación del pedido de acuse de caducidad de instancia efectuado por la demandada con las constancias del sistema Lex 100 que fueron agregadas en fs. 402 y 403. De ellas surge que la emisión y la notificación del escrito que la actora respondió el 27/10/2016 (ver cargo en fs. 401) al domicilio electrónico de la Dra. M. A. S. P. (letrada apoderada de la actora) fueron realizadas el día 12/10/2016 y, por ello el juez no admitió la presentación del 27/10/2016, que consideró efectuada fuera del término.

II. La actora se defiende alegando que nunca recibió la cédula. Para acreditar esos dichos agrega las impresiones de las pantallas de su portal correspondiente al listado de cédulas recibidas, del que no surge la mención de la cédula en cuestión (fs. 415/417).

Tales actuaciones fueron constatadas por el Sr. secretario del Juzgado mediante el ingreso al sitio, con la clave que puso a disposición la letrada (fs. 427).

III. Con posterioridad, en la oportunidad de tratar la revocatoria, el juez de grado le otorgó certeza al historial que da cuenta el sistema Lex 100 y así dio sustento a la solución que adoptó en el auto recurrido. Tuvo en cuenta que dicho informe fue emitido por la Dirección de Sistema de la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien, como administradora del Sistema de Notificaciones por

Medios Electrónicos, debe “guardar un historial de todas las notificaciones emitidas por ese medio a fin de dirimir cualquier duda o conflicto en el momento que fuera necesario”, según las disposiciones del art. 8°; inc. i), de la Ac. CS 31/2011.

Por ello el juez *a quo*, concluyó, sin más, que esas constancias que acompañaron la letrada y el actuario “no revisten de entidad suficiente para desvirtuar el historial que da cuenta la constancia de fs. 403” (el listado del Lex 100, agregado por el prosecretario).

IV. Como medida para mejor proveer, dictada en esta Alzada en fs. 452, se produjeron los informes que dan cuenta las actuaciones obrantes en fs. 453/505.

V. Ahora bien, por un lado se cuenta con la impresión de pantalla del historial del sistema Lex 100 del que se sigue que la notificación fue cursada y, por otro, consta la impresión de pantalla del portal del sistema por el que la letrada accede a las notificaciones que recibe, que deja ver lo contrario.

Estamos así frente a la posibilidad de dos hechos antagónicos que se materializan a través de un mismo medio, el informático, que por sus características hacen que lo sucedido se encuentre registrado en un soporte que no permite reconstruir lo sucedido a simple vista.

Detrás de cada informe, más allá de su contenido, hay un sistema. Los informes no revelan más que “lo que cuenta parte del sistema en un momento dado”. No es sencillo resolver otorgando la verdad a lo que emana de un informe y no a lo que diga otro que es contradictorio, por más que una norma prevea que un determinado historial debe ser guardado a fin de “dirimir cualquier duda o conflicto”.

El sentido de esa norma, el art. 8°, inc. i), de la Ac. CS 31/2011, parece estar más cerca

de regir para aquellas situaciones en las que no se presentan pruebas en concreto cuando el sistema mismo ha fallado, o frente a meras alegaciones o especulaciones de las partes que tienden a simular o disimular algún hecho sucedido y que, ante la ausencia de un registro o archivo, fuere imposible la reconstrucción de algún acto procesal realizado por medios informáticos.

Es que un sistema informático, que permite almacenar y procesar información, está formado por la conjunción de partes interrelacionadas: *hardware*, *software* y el hombre. El *hardware* son las computadoras o cualquier tipo de dispositivo electrónico, que consisten en procesadores, memoria, sistemas de almacenamiento externo, etc. El *software* son los sistemas operativos, *firmware* y aplicaciones; entre los que adquieren importancia relevante los sistemas de gestión de bases de datos. Por último, el soporte humano incluye al personal técnico que crean y mantienen el sistema (analistas, programadores, operarios, etc.) y a los usuarios que lo utilizan.

Dentro de ese especial sistema interrelacionado, aquel historial guardado por la Dirección de Sistema de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no necesariamente debe prevalecer sobre otro registro o informe que nació y se desarrolló en ese mismo y único sistema en el que interactúan diversas partes que lo componen: *hardware*, *software* y soporte humano. No, por lo menos, sin antes haber tratado de desentrañar la causa de la contradicción entre informes que emanan del mismo sistema dotado de la seguridad que le es propia, tanto a uno como al otro informe.

VI. En este contexto analítico e interpretativo de las normas y de los hechos, corresponde prestar especial atención a lo manifestado en el informe del Sr. jefe del Departamento Ingeniería, Comunicaciones y Operaciones de la Dirección General de Tecnología sobre el funcionamiento del sistema informático el

día 12/10/2016, fecha en la que según la planilla impresa del Lex 100, se le cursó a la actora la notificación que luego cuestionó.

Es que “...en dicha fecha, han ocurrido inconvenientes de índole técnica que generaron problemas para utilizar tanto al Sistema de Gestión Judicial —Lex 100—, como las aplicaciones del portal del Poder Judicial de la Nación” (ver fs. 503).

Tal conclusión, luce como suficiente —ahora sí— para reconocerle operatividad al sentido de la norma del art. 8°, inc. i), de la Ac. 31/2011 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la medida que el análisis integral de los hechos permite reconstruir el pasado y concluir que la falta de notificación en el portal al cual tiene acceso la letrada de la actora para comprobar las diligencias a ella cursada pudo haberse originado en las fallas denunciadas del Sistema de Gestión Judicial.

Esas fallas comprobadas, que también forman al “historial de los actos del sistema”, dirimen en el caso el conflicto y disipan toda duda acerca de la falta de recepción de la notificación N° ... que —asimismo— es corroborada por la información que surge de las copias del portal de la letrada ya referidas.

Por todo ello, este tribunal resuelve: Hacer lugar al recurso y dejar sin efecto el auto de fs. 404 del 03/11/2016 en tanto tuvo por efectivizada la notificación ordenada en fs. 381, el día 12/06/2016.

Las costas se imponen en el orden causado en atención a que las causas que originaron el contradictorio resuelto, resultan ajenas a ambas partes (art. 68, segunda parte, y art. 69 del Código Procesal).

El doctor Ricardo V. Guarinoni no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN). Regístrese, notifíquese y devuélvase. — Alfredo S. Gusman. — Eduardo D. Gottardi.

Pues bien, recientemente la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal se enfrentó a la tarea de evaluar algunas aristas relacionadas a la operatividad del Sistema de Gestión Judicial y su implicancia en el ejercicio de los derechos de las partes dentro de un proceso judicial, en un supuesto en donde se cuestionó la recepción de una cédula de notificación cursada a través de medios electrónicos. Nos dedicaremos a continuación a su análisis.

II. El fallo

El pronunciamiento en comentario se trata de una sentencia interlocutoria dictada por el reseñado tribunal el día 29/05/2018, en el marco de los autos caratulados “HBI Branded Apparel Enterprises LLC c. Viela SA s/cese de oposición al registro de marca”, expte. 6014/2012.

En primera instancia se tuvo por extemporánea una presentación de la parte actora mediante la cual respondía un traslado, sobre la fecha de la correspondiente notificación que informaba el sistema Lex 100. De acuerdo a este último, la accionante había sido notificada del traslado en cuestión en el domicilio electrónico de su letrada apoderada el día 12/10/2016, y por ello el magistrado de grado consideró efectuada fuera del plazo

conferido la contestación realizada el 27 de aquel mismo mes y año.

Contra lo así dispuesto se alzó la actora mediante la interposición de un recurso de reposición con apelación en subsidio, alegando al respecto que nunca había recibido la cédula en el domicilio electrónico de su letrada; para fundamentar ello, acompañó impresiones de pantalla del portal *web* correspondientes a las cédulas recibidas, en las que no se veía reflejada la recepción de la notificación cuestionada.

El secretario del Juzgado ingresó a la cuenta de usuario de la letrada, con la clave que ella misma puso a disposición del organismo, y certificó la correspondencia de las impresiones de pantalla acompañadas por la profesional con las constancias reflejadas en el sitio *web*.

Sin perjuicio de lo anterior, el juez de primera instancia desestimó la reposición intentada, pues le dio preeminencia al historial que surgía del sistema Lex 100 —en donde sí se visualizaba practicada la notificación— por sobre las constancias acompañadas por la letrada, obtenidas a partir del ingreso al portal con su usuario y clave. Para así decidir tuvo en consideración que los antecedentes del sistema Lex 100 habían sido emitidos por

la Dirección de Sistemas de la Corte de Justicia de la Nación, en su rol de administradora del Sistema de Notificaciones Electrónicas.

En tales condiciones arriban las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, a fin de resolver la apelación subsidiariamente articulada por la recurrente.

El tribunal, en tren de resolver la cuestión planteada, a título de medida “para mejor proveer”, ordenó en forma previa la producción de informes sobre el sistema. De éstos, los jueces destacaron el producido por el jefe del Departamento de Ingeniería, Comunicaciones y Operaciones de la Dirección General de Tecnología sobre el funcionamiento del sistema informático el día en que se habría practicado —según las constancias del Lex 100— la notificación electrónica bajo examen —esto es, el 12/10/2016—, del que se desprendía que en tal fecha habían ocurrido inconvenientes técnicos que dificultaron la utilización tanto del Sistema de Gestión Judicial como de las aplicaciones del portal *web* de acceso *externo*.

Así, frente a tales constancias contradictorias que emergían, por un lado, del historial del sistema Lex 100 del que se seguía que la notificación fue cursada y, por otro, de las impresiones de pantalla de la cuenta de usuario del portal, por el que la letrada accede a las notificaciones que recibe, que dejaba ver lo contrario, concluyeron a tenor del informe anteriormente referido que el historial registrado en el Lex 100 —bajo resguardo de la Dirección de Sistemas de la Corte Suprema de Justicia— no necesariamente debía prevalecer sobre otro registro o informe originado en el mismo sistema.

Bajo esa lógica, los jueces del órgano de Alzada concluyeron que esas fallas constatadas no daban lugar a dudas acerca de la falta de recepción de dicha notificación, en tanto un análisis integral de los hechos permitía concluir que la falta de notificación en el portal al cual tiene acceso la letrada de la actora podía haberse originado en las fallas denunciadas del Sistema de Gestión Judicial.

Como corolario de lo reseñado, y afinándose en una interpretación flexible de lo dispuesto por la Ac. 31/2011 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los magistrados resolvieron hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y, consecuentemente, dejaron sin efecto la resolución que tuvo por efectivizada la notificación ordenada por el *a quo*.

III. Normativa aplicable al caso

La Ac. 31/2011, dictada por el Máximo Tribunal en el orden nacional, vino a establecer —como puntapié inicial para la implementación de las nuevas tecnologías en el proceso— la obligatoriedad de constituir domicilio procesal electrónico en todas las causas en que los letrados intervengan y tramiten ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (3).

Dicha normativa, que implementa y regula las notificaciones electrónicas en el ámbito del Poder Judicial de la Nación, fue sancionada en el marco de las facultades otorgadas por la ley 26.685 al Alto Tribunal y al Consejo de la Magistratura, impuso el uso del domicilio electrónico constituido y su gradual implementación en el ámbito de la citada jurisdicción, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 135 y cc. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación (4).

{ NOTAS }

(3) En efecto, en su art. 1° establece que “a partir de la entrada en vigencia de la presente Acordada y de acuerdo con el plan de implantación, toda persona que litigue por propio derecho o en ejercicio de una representación legal o convencional deberá constituir domicilio electrónico para las causas judiciales que tramiten ante la Corte Suprema

de Justicia de la Nación. Si no se cumpliera con lo establecido precedentemente, será de aplicación lo dispuesto en el art. 41, párr. 1° del Cód. Proc. Civ. y Com.”.

(4) LANGHOLZ, Pablo A., “Notificaciones electrónicas y otros sistemas de gestión judicial”, Ed. DyD, 2015, p. 19.

De ese modo nació el Sistema de Notificaciones Electrónicas (SNE), exclusivo para aquellas notificaciones electrónicas que deban efectuarse dentro de un proceso judicial, fijándose las condiciones básicas para su uso e implementación, siendo este módulo el único y exclusivo medio admitido a esos efectos (5).

Surgen, así, dos elementos novedosos en esta jurisdicción, a saber:

a) el domicilio procesal electrónico, al que podemos definir como aquel lugar-espacio o casillero virtual que los sujetos involucrados en un proceso constituyen a fin de recepcionar las notificaciones canalizadas a través de medios electrónicos de comunicación, con la característica particular y específica de ser intangible y no físico;

b) la notificación electrónica, a la que conceptualizamos como un medio de comunicación procesal fehaciente que, a diferencia del tradicional “soporte papel” al cual estábamos acostumbrados, se materializa exclusivamente en un formato electrónico-digital.

Ambas nociones, en la órbita de la administración de justicia, se presentan como un mecanismo para lograr que los procesos judiciales que las utilicen se desenvuelvan con una mayor celeridad, seguridad y economía procesal.

En aras de garantizar la seguridad y transparencia que debe observarse en torno a la implementación de estas nuevas tecnologías al expediente judicial, la Ac. CS 31/2011 prevé un régimen de auditoría y contralor sobre el módulo de notificaciones electrónicas, a fin de dilucidar los eventuales cuestionamientos procesales sobre la producción —o no— de una o varias notificaciones electrónicas.

Dicha auditoría se canaliza a través de la producción de un informe circunstanciado, cuya elaboración corresponde a la entidad que hace las veces de administradora del sistema, acerca de posibles indisponibilidades del servicio o fecha y hora exacta en que una notificación quedó disponible. Destacamos que esta metodología de contralor fue replicada en la Ac. CS 14/2013, que trataremos en los acápites siguientes.

Con posterioridad, la Ac. CS 38/2013 estableció extender el ámbito de aplicación del Sistema de Notificación Electrónica incorporado por la Ac. 31/2011 a todo el Poder Judicial de la Nación. Tal normativa asimismo confirma el empleo de la notificación electrónica de manera obligatoria para aquellos expedientes iniciados ante los juzgados en la órbita de las Cámaras Nacionales y Federales, bajo un cronograma de instauración del Sistema de Gestión Judicial.

IV. Implementación del expediente judicial electrónico. Sistemas de contralor de los sistemas informáticos en general

Siguiendo a Molina Quiroga, el expediente electrónico es “...un conjunto sistematizado

de actuaciones, peticiones y resoluciones, referidas a una pretensión efectuada ante un organismo administrativo o judicial, en el que la información se registra en soportes electrónicos, ópticos o equivalentes, y es recuperable mediante los programas y el equipamiento adecuados, para poder ser comprendido por los agentes del sistema (magistrados, funcionarios, agentes, letrados, peritos, litigantes en general)” (6).

En lo que respecta al campo meramente técnico, el expediente electrónico se manifiesta a través de la utilización de sistemas informáticos donde se aloja, analiza, resguarda, comunica y procesa toda aquella información ingresada por los operadores jurídicos, siendo así el espacio virtual donde confluye toda aquella serie de actos procesales que son requeridos para la válida tramitación de un proceso judicial.

Ahora bien, estos modernos sistemas informáticos por donde se canaliza, procesa y resguarda la actividad procesal de los órganos de justicia, partes, letrados y auxiliares de justicia en general requiere de mecanismos de contralor efectivos y eficaces a fin de dotar de seguridad y certeza sobre la válida producción de aquellos actos procesales instrumentados en soporte informático-digital.

Auditar implica llevar a cabo una revisión sistemática de una actividad o de una situación para evaluar el cumplimiento de las reglas o criterios objetivos a que aquéllas deben someterse (7). Y, ubicándonos en el ámbito de la informática, la doctrina especializada ha definido a la auditoría como el “conjunto de procedimientos y técnicas para evaluar y controlar total o parcialmente un sistema informático, con el fin de proteger sus activos y recursos, verificar si sus actividades se desarrollan eficientemente y de acuerdo con la normativa informática y general existente en cada empresa, y para conseguir la eficacia exigida en el marco de la organización correspondiente” (8).

La auditoría, vale destacar, es un examen que no supone necesariamente la precedencia de errores en el sistema auditado; su objetivo se ciñe a analizar e incrementar la efectividad y eficacia de una *software*, a través de la producción de uno o varios informes relativos a sus falencias que no necesariamente deben avocarse a errores encontrados. El objetivo de esos mecanismos de constatación es establecer la ocurrencia —o no— de un evento determinado.

Ya en la especificidad de la materia aplicada al expediente electrónico judicial —y en el carácter de derecho público—, podemos arriesgarnos a puntualizar que la auditoría informática es aquel estudio pormenorizado que se ejecuta para corroborar la efectividad y rendimiento informático de un sistema vinculado a la administración de justicia, así como a la utilización y uso material que se hace de aquél a través de los operadores jurídicos que se encuentran bajo su ámbito de aplicación.

Tanto en el Poder Judicial de la Nación como en el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires se emplean sistemas informáticos de gestión judicial que pueden —y deben— ser eventualmente auditados, siempre con el fin de procurar una mayor eficacia en lo que respecta a la consolidación del proceso electrónico. En el acápite siguiente, nos avocaremos a cada uno de ellos en particular.

V. El contralor de los sistemas informáticos en particular: las experiencias en los Poderes Judiciales de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires

V.1. Auditoría del expediente electrónico en la Provincia de Buenos Aires

En el ámbito de la justicia provincial, el proceso informático gira en torno al sitio seguro *web* desarrollado e implementado por la Subsecretaría de Tecnología Informática de la Suprema Corte de Justicia bonaerense (*notificaciones.scba.gov.ar*).

Mediante este portal *web*, los letrados y auxiliares de justicia que intervienen en los procesos judiciales de trámite ante esta jurisdicción generan y remiten sus peticiones, canalizadas mediante presentaciones electrónicas dirigidas al organismo jurisdiccional; y, de igual modo, instan y reciben las notificaciones electrónicas necesarias para dar a conocer determinados actos procesales.

La Subsecretaría de Informática de la Suprema Corte tiene a su cargo el monitoreo permanente del estado del sistema, debiendo reportar a la Presidencia del Tribunal cualquier clase de “caída”, ralentización o mal desempeño del sitio, a efectos de posibilitar la adopción de las medidas que permitan superar los inconvenientes ocasionalmente motivados por tales situaciones que se susciten en el marco de una causa judicial (9).

Ahora bien, esta facultad de contralor del sistema informático provincial ha sido secuencialmente consagrada a través de diversas normativas emanadas oportunamente del Alto Tribunal.

Así, tenemos que el Ac. SCBA 3397/2008 —que estableció la prueba piloto para las notificaciones por medios electrónicos— instituyó esta facultad, consagrando un mecanismo de verificación sobre los antecedentes vinculados en forma específica a las notificaciones electrónicas que se cursaren dentro del pleito (10).

Aquella misma posibilidad fue replicada posteriormente en el primer “Reglamento para la notificación por medios electrónicos”, aprobado mediante el Ac. SCBA 3540/2011 y, actualmente, se encuentra prevista en el “Reglamento para la notificación por medios electrónicos” emanado del Ac. SCBA 3845/2017, que rige para todos los procesos previstos en el Libro I, Tít. III, cap. II del Código Procesal

Civil y Comercial de la provincia, esto es: los previstos en los trámites ante la justicia civil y comercial, de familia, del trabajo y contencioso administrativa, y además en los juicios de amparo regulados en la ley 13.928, que pueden ser tramitados por ante cualquier fuero, inclusive el Penal y Penal Juvenil (11).

En lo que respecta a las presentaciones electrónicas, el puntapié inicial fue establecido por la derogada res. SCBA 1827/2012 —primer “Reglamento para las presentaciones electrónicas”—, en donde se preveía idéntica facultad de auditar el sistema, pero referida específicamente a los antecedentes correspondientes a las presentaciones electrónicas (12). Y tal coyuntura referida a la auditoría de los escritos judiciales ingresados vía electrónica al proceso también se encuentra en el hoy vigente “Reglamento para las presentaciones por medios electrónicos” (Ac. SCBA 3886/2018), que la prevé expresamente en su art. 2º del anexo único (13).

De tal modo, en el ámbito de la justicia bonaerense, la auditoría del sistema informático, que da soporte a los actos procesales electrónicos, puede ser solicitada por las partes o bien ordenada de oficio por el magistrado, en el caso de ser necesario, a fin de verificar determinados antecedentes o registros que hubieran sido discutidos dentro del pleito. Aquella debe ser ordenada por el juez, y se materializa de manera sencilla a través del libramiento de un oficio electrónico a la Subsecretaría de Tecnología Informática de la Suprema Corte, todo a efectos de que dicha entidad produzca un reporte circunstanciado sobre los hechos controvertidos de acuerdo a los registros obrantes en los servidores del Poder Judicial provincial.

V.2. Auditoría del expediente electrónico en el Poder Judicial de la Nación

Como indicáramos al inicio del presente trabajo, es necesario recordar que para los usuarios *externos* el sistema perteneciente a la jurisdicción nacional es concebido como un sitio *web* mediante el cual se accede mediante el portal de gestión de causas de la *web* del Poder Judicial de la Nación (*portalpjn.pjn.gov.ar*).

A través del ingreso al aludido portal se accede a tres servicios que conforman los pilares del Sistema de Gestión: la Consulta de Causas Judiciales (CCJ), el Ingreso de Copia de Documentos (ICD) y el Sistema de Notificaciones por medios Electrónicos (SNE). Estas aplicaciones se encuentran interconectadas entre sí a través de la plataforma del Sistema Informático de Gestión Judicial (SGJ), comúnmente denominado *Lex 100*.

La Ac. CS 14/2013 establece en su art. 9º el contralor bipartito de dicho sistema, entre la Dirección General de Tecnología del Consejo de la Magistratura y la Dirección de Sistemas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esta disposición es, asimismo, replicada por

{ NOTAS }

(5) Se ha explicado que el art. 4º de la Ac. CS 31/2011 establece que el SNE será utilizado para notificar todas las providencias, resoluciones y sentencias que deban practicarse personalmente o por cédula, ponderándose que esta norma debe integrarse necesariamente con un pasaje de los considerandos de esa Acordada, en donde se expresa que “la Corte Suprema procederá a reglamentar el uso del domicilio electrónico constituido (...) de conformidad con lo dispuesto en el art. 135 y ceds. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, con excepción de aquellas notificaciones que por su naturaleza deban diligenciarse en el domicilio real y la notificación de los traslados de demanda, reconvencción y citación de personas extrañas al juicio”. Ver QUADRI, Gabriel H., “Cavilaciones acerca de la notificación por medios electrónicos”, Cita Online AP/DOC/1121/2014.

(6) MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Ley de Expedientes Digitales y Notificaciones Electrónicas”, LA LEY, 2011-C, 1224; *Enfoques* 2012 (enero), del 02/01/2012, 70; AR/DOC/1996/2011.

(7) Conf. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la lengua española”, 2001, 22ª ed., <http://www.rae.es/rae.html>.

(8) ACHA ITURMENDI, Juan J., “Auditoría informática en la empresa”, Ed. Paraninfo, Madrid, 1996, p. 21.

(9) BIELLI, Gastón E. - NIZZO, Andrés L., “El nuevo régimen de presentaciones electrónicas”, LLBA 2018 (abril), cita online AR/DOC/602/2018.

(10) El Ac. SCBA 3397/2008 establecía en su art. 9º: “La base de datos de notificaciones podrá ser auditada por orden judicial, dictada de oficio o a pedido de parte, requiriéndose al administrador del sistema que produzca un informe circunstanciado de los antecedentes existentes en el servidor vinculados con la notificación cuestionada”.

(11) De acuerdo al art. 2º del actual “Reglamento para las notificaciones electrónicas” (Ac. SCBA 3845/2017), “La Subsecretaría de Tecnología Informática de la Suprema Corte de Justicia continuará implementando los recursos técnicos necesarios para organizar el sitio seguro *web* que sirve como

soporte del Sistema de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas, manteniendo así una base de datos en la que se depositarán las comunicaciones, suscriptas con la tecnología de firma digital/electrónica. Dicha dependencia deberá monitorear constantemente el estado del sistema e informar inmediatamente a la Presidencia de este Tribunal cualquier caída, ralentización o malfuncionamiento significativos del sistema de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas. La base de datos del Sistema de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas podrá ser auditada por orden judicial, dictada de oficio o a pedido de parte, en cuyo caso se requerirá a la mencionada Subsecretaría que produzca un informe circunstanciado de los antecedentes existentes en el servidor vinculados con determinada notificación”.

(12) La res. SCBA 1827/2012 preveía en su art. 9º: “La base de datos de presentaciones electrónicas podrá ser auditada por orden judicial, dictada de oficio o a pedido de parte, requiriéndose al administrador del sistema que produzca un informe circunstanciado de los antecedentes

existentes en el servidor vinculados con la presentación electrónica cuestionada”.

(13) El citado artículo textualmente reza: “La Subsecretaría de Tecnología Informática de la Suprema Corte de Justicia continuará implementando los recursos técnicos necesarios para organizar el sitio seguro *web* que sirve como soporte del Sistema de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas, manteniendo así una base de datos en la que se depositarán las presentaciones, suscriptas con la tecnología de firma digital/electrónica. Dicha dependencia deberá monitorear constantemente el estado del sistema e informar inmediatamente a la Presidencia de este Tribunal cualquier caída, ralentización o malfuncionamiento significativos del Sistema de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas. La base de datos del Sistema de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas podrá ser auditada por orden judicial, dictada de oficio o a pedido de parte, en cuyo caso se requerirá a la mencionada Subsecretaría que produzca un informe circunstanciado

la Ac. CS 38/2013 (14). Ambas dependencias en forma conjunta se encuentran encargadas de la administración integral del portal, como así también de mantener y garantizar el funcionamiento permanente de sus elementos técnicos. Y deben, asimismo, preservar la integridad y la calidad de la información del Sistema Informático de Gestión Judicial.

Pero, además, cumplen un rol de vital importancia, en tanto y conforme a la reglamentación indicada, deben guardar un historial de todas las actuaciones gestionadas a través del sistema, a fin de dirimir cualquier duda o conflicto en el momento en que fuera necesario, e informar a los juzgados, tribunales o dependencias involucradas en caso de que el servicio quede inhabilitado por más de veinticuatro horas, a fin de que éstos decidan cómo se considerará tal hecho en relación con el cómputo de los plazos afectados.

Como corolario de lo expuesto, y en lo que respecta al registro de la información generada a través del intercambio de datos que se produce en ese ecosistema digital del Poder Judicial de la Nación, las dependencias técnicas indicadas son quienes tienen la función de resguardar y conservar ese historial de todas las notificaciones emitidas por el Sistema de Notificaciones Electrónicas, lo que será de especial importancia en supuestos de duda o a la hora de resolver eventuales planteos de nulidad relacionadas a las comunicaciones electrónicas (15).

Actúan, pues, como entidades de contralor del sistema, estando a su cargo la producción de

los estudios o dictámenes técnicos circunstanciados vinculados al estado específico de una o varias notificaciones electrónicas, debiendo, en su caso, emanar de estas dependencias un informe acerca de posibles indisponibilidades del servicio, especificando la fecha y hora exacta en que esas anomalías fueron registradas.

VI. Análisis de lo decidido en el caso. Conclusiones y reflexiones

Destacamos que en el decisorio bajo análisis los magistrados señalaron que sendos informes no revelan más que “lo que cuenta parte del sistema en un momento dado”, siendo que a causa de esto se vuelve sumamente dificultosa la posibilidad de resolver el *quid* de la cuestión concediendo la verdad a lo que surge de un informe y no a lo que diga otro que es esencialmente contradictorio, “por más que una norma prevea que un determinado historial debe ser guardado a fin de dirimir cualquier duda o conflicto”.

Coincidimos con la solución dada al caso concreto por los magistrados de Cámara, quienes al encontrarse ante una prístina divergencia acerca de la producción de un acto procesal electrónico resolvieron acudir como prueba complementaria a la producción de un informe circunstanciado de la Dirección General de Tecnología, a título de medida “para mejor proveer”.

En efecto, a través del informe elaborado y remitido por la mencionada dependencia, se constató que el día 12/10/2016 —fecha en la cual se había materializado la diligencia según

informaba el registro del Sistema de Gestión Judicial— se habían producido inconvenientes de índole técnica que generaron diversas caídas en el *Lex 100* —como sistema general— y en el módulo de notificaciones electrónicas —como sistema específico relacionado a aquél—, conclusión que vino a reforzar y complementar la información que emanaba de las capturas de pantalla del portal de la letrada agregadas oportunamente al expediente.

Con tales elementos probatorios, el tribunal revisor logró efectuar un “análisis integral de los hechos [que] permite reconstruir el pasado”, concretamente, un hecho materializado a través de medios informáticos. Sobre estas consideraciones se determinó la inexistencia efectiva de la notificación cursada en el portal de la letrada apoderada de la parte, por lo que se dejó sin efecto —como ya vimos— el auto que tuvo por efectivizada la notificación electrónica en cuestión.

Ahora bien, sin perjuicio de señalar nuestra coincidencia con el temperamento adoptado en el fallo, no puede dejar de destacarse la capital importancia que reviste la necesidad de contar con una reglamentación más amplia que la actualmente vigente en el ámbito del Poder Judicial de la Nación con respecto a la auditoría como herramienta de contralor por excelencia.

La auditoría del Sistema de Gestión Judicial debe ser consagrada positivamente, en forma clara y con mecanismos detallados que

permitan recurrir de manera sencilla y eficaz a la producción de los informes pertinentes, de manera tal que puedan resolverse aquellos conflictos que involucren el cuestionamiento de actos procesales que sean generados o plasmados —directa o indirectamente— a través de los sistemas informáticos de gestión de causas en la jurisdicción nacional.

En ese contexto, ponderamos la experiencia realizada en el ámbito judicial de la provincia de Buenos Aires, en donde se ha previsto a través de las diversas resoluciones y acuerdos dictados por la Suprema Corte de Justicia de esa jurisdicción el ejercicio de este contralor efectivo sobre los antecedentes informáticos de los actos procesales mediante la regulación de herramientas formales, determinadas y precisas de gran relevancia práctica en el quehacer judicial.

Propiciamos que regulaciones como las existentes en el ámbito de la jurisdicción bonaerense sean replicadas en lo sucesivo en el ámbito de la justicia nacional, para lo cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación debería prontamente formular las adecuaciones pertinentes en la reglamentación del Sistema de Gestión Judicial, a fin de incorporar un mecanismo de auditoría sencillo, claro y eficaz, que brinde la necesaria seguridad a todos los sujetos que intervienen a lo largo del proceso judicial. ●

Cita on line: AR/DOC/1809/2018

{ NOTAS }

ciado de los antecedentes existentes en el servidor vinculados con determinada presentación”.

(14) Conforme la Ac. CS 14/2013 (art. 9º), “La Dirección de Sistemas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Dirección General de Tecnología del Consejo de la

Magistratura de la Nación, tendrán la función de administrar el Sistema Informático de Gestión Judicial (SGJ). Serán las oficinas responsables de mantener y garantizar el funcionamiento permanente de los elementos técnicos de acuerdo con las normas establecidas en la presente Acor-

dada”. Por su parte, la Ac. CS 38/2013, en su art. 4º, dispone que “La Dirección General de Tecnología del Consejo de la Magistratura y la Dirección de Sistemas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tendrán la función de administración del Sistema de Gestión Judicial y de todo lo

dispuesto en los arts. 7º y 8º de la Ac. 31/2011”.

(15) MARINO, Tomás, “El sistema de notificaciones por medios electrónicos en el Poder Judicial de la Nación. La Acordada 31/2011 de la Corte Suprema y sus complementarias”, Cita Online: AP/DOC/416/2014.

JURISPRUDENCIA

Querellante particular

Legitimación procesal activa. Hecho de los dependientes. Disidencia.

Hechos: El Tribunal no hizo lugar al pedido efectuado por un organismo público de ser tenido por parte querellante en un proceso donde se investigaban irregularidades cometidas por funcionarios y empleados de tal lugar. Recurrida la decisión, la Cámara de Casación la revocó.

- 1.- La Dirección Nacional de Vialidad posee legitimación activa para ser querellante, puesto que, en su calidad de entidad autárquica de derecho público, resulta ser la administradora de los intereses particularmente afectados por los delitos denunciados, esto es, los fondos públicos que, para la obra pública vial, tiene asignada dicha repartición.
- 2.- El hecho de que alguno de los presuntos imputados hayan prestado funciones —o continúe en su ejercicio— dentro de un organismo público no obstaculiza la legitimación activa del ente, en tanto persona jurídica independiente y ajena a los miembros que la constituyen. (Del voto del Dr. Hornos).
- 3.- El solicitante no puede ser tenido como parte querellante, frente al prematuro estado de la pesquisa, sumado al hecho de que las maniobras defraudatorias investigadas habrían tenido lugar dentro de la misma organización postulante, desconociéndose aún si existen otros implicados

en los hechos que continúen prestando funciones en aquélla, y en pos de garantizar el éxito de la investigación. (Del voto en disidencia del Dr. Borinsky).

121.365 — CFCasación Penal, sala IV, 12/06/2018. - Legajo de apelación de S., R. J. s/ Defraudación contra la administración pública y otros.

[Cita on line: AR/JUR/23599/2018]

Buenos Aires, junio 12 de 2018.

Resulta: I. Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Ciudad de Buenos Aires, en el marco de causa CFP 12.781/2016/1/CA1 de su registro, con fecha 28 de noviembre de 2017, resolvió, en cuanto aquí interesa: “Confirmar el decisorio obrante a fojas 25/6 de este incidente por medio del cual se resolvió No hacer lugar a la solicitud de ser tenido por parte querellante formulada por R. J. S. y S. M., con el patrocinio del Dr. M. P. en representación de la Dirección Nacional de Vialidad (art. 82 y concordantes del C.P.P.N.)” (cfr. fs. 46/48 y 25/26, respectivamente).

II. Que contra dicha resolución interpuso recurso de casación el Dr. R. J. S., apoderado y jefe del Servicio Jurídico de la Dirección Nacional de Vialidad, con el patrocinio letrado del Dr. S. M. (cfr. fs. 51/56 vta), el que fue concedido por el tribunal *a quo* a fs. 58 y mantenido en esta instancia a fs. 62/67 vta.

III. Que el recurrente encarriló sus agravios en el inc. 1º del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación.

Así las cosas, sostuvo que la solicitud de ser tenido por parte querellante en estas actuaciones había sido rechazada por el Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 6 de esta Ciudad, como posteriormente por el Tribunal *a quo*, con argumentos inválidos y en base a una errónea interpretación del derecho que toda víctima de un delito posee al momento de solicitar intervención en el proceso como querellante.

Con relación al hecho bajo estudio, a pesar de haber sido denunciado ante la justicia federal por la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el recurrente puso de manifiesto que en el marco del sumario administrativo interno n° 5330/2016 del registro de la Dirección Nacional de Vialidad, se investigan las posibles maniobras defraudatorias de los aquí imputados, habiéndose dispuesto en dicho expediente administrativo la suspensión de “ciertos funcionarios y empleados que temporalmente ocupaban las jefaturas de la liberación de la traza para la construcción de la autopista Presidente Perón”, y que los hechos aquí investigados no podrían seguir siendo cometidos por los miembros de la administración que en la actualidad maneja dicha Dirección.

El impugnante consideró que la Dirección Nacional de Vialidad es la única “particular ofendida” en autos, y que la Unidad de Ética y Transparencia de ese organismo fue quien detectó irregularidades por sobrevaloración de los bienes inmuebles expropiados. Puntualizó que había sido la actual administración de su representada la que ordenó que se investigaran internamente los eventos relacionados con la presente causa.

Por último, puso de manifiesto que los diversos requerimientos judiciales de informes o documentación relevante para la presente causa, habían sido cumplimentados en forma correcta por su representada.

IV. Que en la oportunidad prevista en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N., las partes no efectuaron presentaciones (cfr. constancia de fs. 69).

V. Superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo, y 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia en autos (fs. 78), oportunidad en la que el Dr. M. F. L. A., abogado defensor del imputado M. F. K. presentó breves notas que lucen agregadas a fs. 72/77, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas.

El doctor *Borinsky* dijo:

I. En primer lugar, a fin de brindar una debida respuesta al planteo del recurrente y para una mejor comprensión de la cuestión traída a estudio, resulta oportuno efectuar una breve reseña de las presentes actuaciones.

De esta manera, conforme surge de autos, la presente investigación tuvo su origen en virtud de una denuncia efectuada por la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, como consecuencia de lo actuado en la Carpeta de Investigación n° 12.425 del registro interno de la Dirección de Investigaciones de dicha Oficina (cfr. fs. 1/16 del presente legajo).

En concreto, se investigan las presuntas irregularidades que se habrían suscitado en el marco de la actividad llevada a cabo por funcionarios y empleados de la Dirección Nacional de Vialidad, en la liberación de los terrenos

que conformaban la traza de la “Autopista Presidente Perón”, ubicados entre las localidades de Merlo, Berazategui, y Ezeiza —supuestos pagos en concepto de indemnización por expropiación de inmuebles efectuados a quienes no eran legalmente propietarios, que presuntamente excedían el monto que según la tasación oficial se debería haber abonado—.

Frente al pedido de R. J. S., apoderado y jefe del Servicio Jurídico de la Dirección Nacional de Vialidad, de ser constituido como parte querrelante en el presente proceso (cfr. fs. 20/22), el juez instructor resolvió no hacer lugar a lo solicitado, “toda vez que la conducta investigada se refiere a irregularidades detectadas en el desempeño de la gestión de dicho ente, más allá de los funcionarios y/o empleados que participaron. En consecuencia, resulta contradictorio la ‘afectación directa del mandante’ alegada por el pretense querrelante a fs. 194/196, debiendo estar a la condición que sustenta la figura estatuida en el art. 82 del C.P.P.N. ‘...persona particularmente ofendida...’ para acceder al rol de querrelante particular y en el caso resulta ‘el patrimonio del Estado Nacional del afectado’ por la conducta denunciada, en caso de que ésta se verifique, siendo el Ministerio Público Fiscal el representante de los intereses del Estado...” (cfr. fs. 25/26).

A su turno (cfr. fs. 46/48), el tribunal *a quo* confirmó el decisorio dictado en primera instancia, al sostener que “...en las actuaciones principales se investigan irregularidades detectadas en el ámbito funcional de la Dirección Nacional de Vialidad. Sentado ello, cabe consignar que las razones que condujeron al juez de grado a rechazar la petición del impugnante se vinculan directamente con la imposibilidad de considerar a dicha entidad particularmente ofendida por los hechos ilícitos indagados de conformidad con lo dispuesto por el artículo 82 del CPPN, toda vez que las maniobras investigadas fueron deducidas en el seno de dicha organización.

Con independencia de las razones expuestas por el *a quo*, se han relatado ante el Tribunal extremos que —al menos en esta instancia— no permiten admitir la petición introducida. En este sentido, la circunstancia de que el hecho ilícito denunciado pueda verse prolongado en la actividad de los actuales agentes de la administración, así como la invocada actitud exhibida por la DNV ante los requerimientos del juez —según dan cuenta las presentaciones de fs. 23/24 y 39/41— conducen a compartir, por el momento, el temperamento adoptado frente al estado incipiente de la investigación”.

II. Sentado cuanto antecede, observo que la cuestión a dirimir radica en determinar si R. J. S., apoderado de la Dirección Nacional de Vialidad, tiene derecho a constituirse en parte querrelante en la presente causa.

Al respecto, cabe recordar que el artículo 82 del Código Procesal Penal de la Nación prescribe que “toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querrelante”.

Sobre el particular, he sostenido que “la expresión ‘particularmente ofendido’ abarca tanto al titular del bien jurídico que resulta lesionado por el obrar investigado —sujeto pasivo del delito—, como así también a quien resulte damnificado, por haber sufrido un perjuicio real y concreto que lo habilita para accionar” (cfr. causa N° 11.439 “Macri, Mauricio s/ recurso de casación”, reg. nro. 286/12, rta. 14/03/2012; causa n° CFP 12.063/2012/1/CFC1, “De Jauregui, Ignacio s/ recurso de casación”, reg. n° 238/15.4, rta. 02/03/2015; causa n° CFP 13.345/2012/1/CFC1, “Pretense Querrelante: AFIP s/ legajo de apelación”, reg. n° 774/2015.4, rta. 28/04/2015; causa CCC 66.095/2013/1/1/CFC1, “Seidler, Aldo E. s/ recurso de casación”, reg. nro. 758/16.4, rta. 23/06/2016; causa n° CPE 921/2012/3/CFC1, “Bossio, Diego s/ recurso de casación”, reg. n° 883/16.4, rta.

07/07/2016; y causa n° 6945/2016/1/CFC1, “Sanfelice, Osvaldo José s/ recurso de casación”, reg. nro. 1289/17, rta. 27/09/2017, todas de esta Sala IV de la C.F.C.P., de aplicación en lo pertinente al caso, entre otras).

En ese orden de ideas, esta Cámara Federal de Casación Penal ha establecido que “la invocación del bien jurídico protegido para determinar la legitimación procesal activa no resulta una pauta definitiva, puesto que no se ha de excluir la protección subsidiaria de otros bienes garantizados, ya que siempre que se derive un perjuicio directo y real, quien lo sufre se encuentra legitimado para ejercer el rol de querrelante [...]. Son situaciones en las que existe una suerte de desprendimiento, por el cual el sujeto pasivo típico no coincide con el eventual ‘ofendido’ o titular del bien jurídico lesionado que se encuentra protegido por la norma penal y, no obstante, ello, está facultado para constituirse en parte querrelante” (cfr. causa n° 15.900, “B., G. M. y otros s/ recurso de casación”, reg. n° 923.4, rta. el 04/06/2013; causas CFP 12.063/2012/1/CFC1, CFP 13.345/2012/1/CFC1 y n° 6945/2016/1/CFC1 antes citadas; causa CFP 5400/2013/1/CFC1, “Pretense Querrelante: AFIP s/ legajo de apelación”, reg. n° 361/2015.4, rta. el 13/03/2015; y causa n° 4171/2016/1/CFC1, “Echegaray, Ricardo D. s/ recurso de casación”, reg. n° 815/17.4, rta. 29/06/2017, todas de esta Sala IV de la C.F.C.P., entre otras).

Ahora bien, a la luz de los parámetros esbozados, la pretensión del impugnante no puede por el momento recibir favorable acogida en la instancia.

En este sentido, considero que el fallo recurrido resulta ajustado a derecho y ha satisfecho el requisito de motivación, previsto por los artículos 123 y 404, inciso 2°, del Código Procesal Penal de la Nación, puesto que el tribunal *a quo* expuso claramente los fundamentos por los cuales denegó la pretensión de ser tenido por parte querrelante al recurrente, al confirmar la resolución dictada en primera instancia, con ajuste a la ley aplicable al caso y a las constancias de la causa.

Por el contrario, el recurrente no ha conseguido rebatir adecuadamente los razonados argumentos en los cuales se sustentó la denegatoria de su pretensión de querrelar en estos obrados.

Frente al prematuro estado de la pesquisa, sumado al hecho de que las maniobras defraudatorias habrían tenido lugar dentro de la misma organización que se pretende postular en el proceso como “particular ofendida”, desconociéndose aun si existen otros implicados en los hechos que continúan prestando funciones en aquélla, y en pos de garantizar el éxito de la presente investigación, por el momento la pretensión del recurrente no debe prosperar.

Dable es advertir que no se halla en discusión la tipicidad de las conductas investigadas, cuestión que se determinara con el devenir de la instrucción, ni la gravedad de los hechos bajo estudio, sino, únicamente, la legitimidad alegada por la Dirección Nacional de Vialidad, en su carácter de repartición pública, para ser tenida como parte en el proceso.

Al respecto, no resulta menor señalar que las presentes actuaciones se originaron en virtud de una denuncia efectuada por otra repartición pública estatal como lo es la Oficina Anticorrupción. Ello, resulta demostrativo de que los intereses del Estado en el proceso, se encuentran ya desde el inicio representados.

Por lo demás, cabe destacar que en el particular caso en estudio el recurrente no ha acreditado su legitimidad para constituirse en parte querrelante en sede penal, toda vez que el invocado Decreto Ley n° 505/1958 —ratificado por ley 14.467— que dispuso la creación de la Dirección Nacional de Vialidad y estipuló sus alcances (cfr. poder de

fs. 19/20), no le otorga en forma específica dicha facultad para querrelar.

III. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 51/56 vta. por el pretense querrelante R. J. S., en representación de la Dirección Nacional de Vialidad, sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 “*in fine*” del C.P.P.N.).

El doctor *Gemignani* dijo:

I. Inicialmente, corresponde señalar que la decisión recurrida en casación resulta equiparable a un pronunciamiento de carácter definitivo por sus efectos, ello en virtud del agravio actual de imposible o tardía reparación ulterior que le genera al recurrente la decisión puesta en crisis (art. 457 del CPPN).

Asimismo, desde el punto de vista formal, la impugnación en estudio dio adecuado cumplimiento a los requisitos de motivación exigidos por el artículo 463 del ordenamiento ritual, motivo por el cual el recurso de casación intentado resulta formalmente admisible.

II. Afirmada, entonces, la procedencia formal del recurso interpuesto, y previo a ingresar al estudio de los agravios expuestos por el recurrente, habré de realizar un análisis dogmático de las cuestiones sometidas a control jurisdiccional, a fin de arribar a una solución ajustada a derecho.

En primer lugar, toda vez que nos encontramos frente a un injusto entendido como la infracción a la norma, corresponde aclarar que la coexistencia social, es decir, el tejido social, no puede ser considerado un estado, con relación a su esencia matriz, pues una sociedad no se constituye a través de la inviolabilidad (o en el reconocimiento mutuo) de derechos subjetivos sino que se construye mediante la comunicación entre personas cuyos intereses, a consecuencia de su continua exposición a distintas esferas, resultan necesariamente expuestos a peligros.

Con relación a estos riesgos constantes y, a fin de que los contactos sociales puedan subsistir, resulta necesario que el individuo pueda tener confianza, esto es, pueda proyectar su vida con la esperanza de que no han de producirse de parte de los demás, comportamientos arbitrariamente lesivos de las condiciones sociales.

En este sentido, “Los sistemas sociales institucionalizan expectativas estabilizadas contrafacticamente, objetivas, generalizadas, según las cuales el hombre puede orientarse, regirse, y que entonces forman parte de las condiciones de la coexistencia social (e incluidas en ellas: la personalidad humana)[...]” (cfr. Lesch, Heiko Hartmut: “El concepto de delito —Las ideas fundamentales de una revisión funcional—”; traducción de Juan Carlos Gemignani, Ed. Marcial Pons; Buenos Aires; 2016; p. 206).

Así, en contra de la función de dirección del comportamiento que la doctrina tradicional asigna a la norma, las normas cumplen exclusivamente la función de asegurar las expectativas sociales: “La norma de derecho, asegura lo que se puede esperar, y qué aspectos de los comportamientos defraudatorios no se deben aprender y deben adaptarse a la norma, y establece que las expectativas deben mantenerse firmes incluso contra los hechos (contrafacticamente)” (cfr. Lesch, Heiko Hartmut: “El concepto de delito —Las ideas fundamentales de una revisión funcional—”; traducción de Juan Carlos Gemignani, Ed. Marcial Pons; Buenos Aires; 2016; p. 206). Es decir, la expectativa de comportamiento conforme a la norma debe afirmarse vigente mediante la pena, aun frente a los injustos cometidos.

En síntesis, las normas que dotan de contenido al derecho penal no buscan dirigir un comportamiento conforme a derecho, sino que el fin de las mismas es proteger a los individuos frente al fraude generado por la conducta, en

cuanto que la misma no resulta ser para el caso, la que hubiera resultado pertinente. En este sentido, las normas funcionan como patrones orientadores sobre la organización de la conducta que se espera, y esa organización presupone un consenso que dota de validez a aquellas expectativas.

La consecuencia que se deriva de la infracción a la norma es la búsqueda de la restitución de las condiciones de derecho, y esa es la compensación material posible del daño para el ámbito penal.

En la evolución histórica ha habido una confusión, que resulta particularmente trascendente para el tema de la presente causa. Se trata de la confusión que deviene de considerar a la lesión a un (objeto de) bien jurídico como elemento específico para cualificar el hecho como injusto, tanto para el derecho civil como para el derecho penal.

Recuérdese, que la “lesión jurídica civil” consiste en una agresión a una esfera jurídica ajena, a un especial o subjetivo derecho. En cambio, la “lesión jurídica penal” se constituye como una lesión al derecho objetivo, al derecho en sí.

El injusto penal, a diferencia del injusto civil, debe ser restaurado en su ámbito funcional de generalización a través del tratamiento del suceso defraudatorio. En este sentido, la compensación del delito implica la restitución de la vigencia de la norma.

De lo expuesto se desprende entonces que “Un sistema penal funcional, orientado según el principio de la compensación de la culpabilidad por el hecho y que con ello pretende ser un genuino sistema jurídico penal, no puede entonces establecerse con relación al contenido del deber, sino sólo con relación al símbolo del deber mismo, esto es, con relación a la expectativa de que determinadas reglas elementales de relacionamiento sean obligatorias” (cfr. Lesch, Heiko Hartmut: “El concepto de delito —Las ideas fundamentales de una revisión funcional—”; traducción de Juan Carlos Gemignani, Ed. Marcial Pons; Buenos Aires; 2016; p. 212).

Esa es la razón de la impertinencia del paralelismo que constituye la traslación de los criterios de afectación de los “damnificados” por su exclusiva condición de titulares del bien jurídico afectado, entendido éste como derecho subjetivo, como legitimados para intervenir en el “proceso penal” como querrelantes.

Por oposición a ese criterio, que solamente puede resultar pertinente para ofrecer legitimación de intervención procesal en condición de actor civil, corresponde discriminar a los efectos de la consideración de los criterios para legitimar la intervención en el proceso de un pretense querrelante, entre los “genéricamente” defraudados por la infracción normativa, y los “especialmente” defraudados por la misma.

Los “genéricamente” defraudados resultan ya representados en la pretensión punitiva por el Ministerio Público Fiscal, y solamente tiene sentido admitir como querrelantes en la causa a los representantes de los “especialmente” defraudados.

Estos últimos, serán aquellos que resulten concretamente lesionados por la conducta lesiva, por ser titulares directos y personales del objeto de protección de la norma, o las personas o instituciones que ostenten por imposición legal, o por mandato societario, la responsabilidad de la tutela de actividades, objetos, o ámbitos específicos de la vida social.

III. Fijado ello, corresponde analizar el agravio del recurrente, consistente en que su mandante —la Dirección Nacional de Vialidad— se ha visto perjudicada ante la decisión de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo

Criminal y Correccional Federal de esta ciudad, que resolvió confirmar la resolución del juzgado de primera instancia mediante la que se rechazara su pretensión de constituirse en querellante en la presente causa. En concreto, el peticionante llega a esta instancia solicitando que se revoque la decisión recurrida y se lo acepte como querellante en representación de la Dirección Nacional de Vialidad.

Ahora bien, procediendo a la aplicación de los criterios expuestos para el *subjudice*, considero que la pretensión de la parte recurrente debe recibir favorable acogida, toda vez que los hechos investigados afectan a la Dirección Nacional de Vialidad al provocarle un perjuicio concreto que la legitima para ejercer el rol de querellante en los términos del art. 82 del CPPN.

En efecto, en autos se investigan presuntas maniobras defraudatorias en perjuicio de la Administración Pública, relacionadas con la actividad llevada a cabo por empleados y funcionarios de dicho organismo, en el marco de un proyecto vial de gran envergadura que tenía por objeto la liberación de la traza de la Autopista Presidente Perón. En concreto, supuestos pagos efectuados, en concepto de indemnizaciones por expropiaciones de inmuebles, a quienes no eran legalmente propietarios y que, presuntamente, excedían el monto que, según la tasación oficial, se debería haber abonado. Por consecuencia, dichas conductas, de tenerse por probadas, habrían implicado una concreta afectación al erario público nacional destinado a obras públicas viales.

Así, pues, resulta insoslayable advertir que, a la postre, la Dirección Nacional de Vialidad es el organismo especialmente defraudado en estos autos, puesto que la misma, en su calidad de entidad autárquica de derecho público, resulta ser la administradora de los intereses particularmente afectados por los delitos denunciados, esto es, los fondos públicos que, para la obra pública vial, tiene asignada dicha repartición.

Repárese que, conforme surge de la denuncia efectuada por la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, como consecuencia de lo actuado en la carpeta de Investigación nro. 12.425 del registro interno de la Dirección de Investigaciones de dicha oficina, “los montos abonados por la DNV en concepto indemnizatorio [por las expropiaciones de los terrenos sobre los que se emplazó la ampliación de la Autopista Presidente Perón], según surge del informe y que resulta parcial atento la falta de relevamiento de la totalidad de los expedientes administrativos en los que tramitaron las expropiaciones, ascenderían a un monto aproximado de \$500.000.000 (pesos quinientos millones)” (cfr. fs. 9 vta.), afectándose, sin lugar a dudas, la integridad de los recursos públicos que recibe y administra la Dirección Nacional de Vialidad.

En tal sentido, es oportuno recordar que de la redacción del artículo 82 del Código de Forma se desprende que quien podrá asumir el rol de querellante en una causa penal es la persona que se haya visto afectada por el hecho ilícito, y ello es así pues como condición indispensable para otorgar tal carácter de parte se requiere que la afectación por el daño que el delito acarrea sea directa, real, especial y singular; lo cual implica la afectación inmediata de un interés o derecho de quien pretende detentar la calidad referida.

Sentado ello, los argumentos esbozados en la decisión en crisis, en cuanto fundó el rechazo del pedido de ser tenido como parte querellante del recurrente sobre la base de “que las maniobras investigadas fueron deducidas en el seno de dicha organización [y] que el hecho denunciado p[odría] verse prolongado en la actividad de los actuales agentes de la administración, así como en la invocada actitud exhibida por la DNV ante los requerimientos

del juez”, deben quedar desvirtuados, en la medida que no contemplan los extremos citados y olvidan que la persona jurídica que pretende constituirse en querellante permanece, no obstante los cambios de las personas físicas que, circunstancial y temporariamente, actúan para ella; máxime cuando, como en autos, los funcionarios que se presentan en representación del ente no se encuentran, al menos de momento, entre la nómina de imputados en el marco de este expediente.

En razón de lo expuesto, en orden al caso puntual que nos convoca, entiendo que el hecho “*prima facie*” investigado, evidencia el interés directo y singular en cabeza del organismo impugnante que la norma exige y, por lo tanto, el criterio adoptado por el *a quo* no puede ser convalidado.

Finalmente, habré de disentir con el Dr. Borinsky en punto a que el recurrente no ha acreditado su legitimidad para constituirse en parte querellante en sede penal, habida cuenta que el invocado Decreto Ley Nro. 505/1958, por el que se aprobó el Estatuto Orgánico de Vialidad Nacional, en su art. 9°, inc. “c”, faculta al Presidente del directorio que dirige y administra la Dirección Nacional de Vialidad —Administrador General de la DNV— a “Ejercer la representación legal de la repartición en todos los actos y contratos inherentes a la misma [y a] conferir poderes para las tramitaciones judiciales y administrativas que sean necesarias”; y a fs. 19/20 obra copia de la resolución dictada por J. A. I., Administrador General de la Dirección Nacional de Vialidad, que designa y autoriza a los Dres. R. J. S. —Jefe del Servicio de Asuntos Jurídicos—, S. M. —a cargo de la División Penal del Servicio de Asuntos Jurídicos— y M. P. —a cargo de la Asesoría Legal Administrativa— para querellar en la presente causa; lo que se traduce, desde mi personal perspectiva, en una habilitación legal para asumir la acusación particular dentro de este proceso penal. Por lo tanto, debe concluirse en que la legitimación activa que se deriva de la normativa invocada por el recurrente (Decreto Ley Nro. 505/1958), se encuentra expedita.

IV. En definitiva, por las razones señaladas, propicio al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 51/56 vta. por el Dr. R. J. S., con el patrocinio letrado del Dr. S. M., en representación de la Dirección Nacional de Vialidad, casar la resolución obrante a fs. 46/48 y, en consecuencia, tener a dicha entidad por legitimada como parte querellante en las presentes actuaciones; sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 del CPPN).

Así voto.

El doctor *Hornos* dijo:

I. En punto a la admisibilidad del recurso de casación interpuesto, esta Cámara ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en el sentido de que el pretense querellante posee la facultad de recurrir ante esta instancia, dado que “...a quien se le ha denegado su pretensión para asumir tal función procesal (querellante) no agota su capacidad recursiva en la apelación ante la segunda instancia correspondiente, sino que, en búsqueda de una decisión fundada por parte del Tribunal que se ha pronunciado, derecho innegable que se ampara en la garantía constitucional del debido proceso contemplado en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional, tiene la facultad de acudir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del recurso extraordinario, y, lógicamente, a esta Cámara Nacional de Casación Penal a través del recurso de casación” (cfr.: causa Nro. 553: “Celles, Francisco y Celles, Mabel B. s/ recurso de casación”, Reg. Nro. 869 de esta Sala, rta. el 23/06/1997; y Sala I: causa Nro. 37: “Borenholtz, Bernardo s/ recurso de casación”, Reg. Nro. 44, rta. el 28/09/1993; criterio que fuera luego sentado por esta Cámara Nacional de Casación en pleno, el 23 de junio de 2006, en el fallo plenario

Nro. 11: “Zichy Thyssen, Federico; Ivanisovich, Alejandro s/ recurso de inaplicabilidad de ley”).

Asimismo, el recurso presentado ha satisfecho los recaudos mínimos de fundamentación requeridos por el artículo 463 del C.P.P.N.

II. Sentado cuanto precede, adelanto mi opinión en el sentido que adhiero a la solución propiciada en el voto del doctor Gemignani.

Es que, respecto de la sustancial cuestión presentada, corresponde señalar que, tal como lo sostuve en el precedente “Eraso” (causa nro. 8264: “Eraso, Raúl A. y otro s/ recurso de casación”, Reg. Nro. 12.744, rta. el 4 de diciembre de 2009), al que habré de remitirme ahora con relación a la cuestión planteada, se encuentra fuera de discusión que el Ministerio Público Fiscal es el órgano estatal específico de persecución penal pública.

Sin embargo, diversas leyes particulares legitiman a otros organismos estatales diferentes, para intervenir en el proceso penal —sin desplazar a la fiscalía—. Y esto es lo que ocurre, conforme sostuvo el Dr. Gemignani en su voto, respecto a la Dirección Nacional de Vialidad que, en el Decreto Ley nro. 505/58 en el artículo 9°, inciso “c” faculta al Presidente del directorio a ejercer la representación legal de la repartición en todos los actos y conferir poderes para las tramitaciones judiciales que sean necesarias. Dicho poder obra a fs. 19/20 autorizando a los Drs. S., M. y P. para querellar en la presente causa.

Esta regla adquiere sentido ni bien se mira que en los llamados “delitos de acción pública” se denomina querellante, en principio, a la persona, de Derecho público o privado, portador del bien jurídico afectado o puesto en peligro por el hecho punible concreto que es objeto del procedimiento, esto es, sintéticamente, al ofendido por ese hecho punible, en lenguaje común para el derecho procesal penal (cfr. el artículo 82 del C.P.P.N.).

En aquellos supuestos, la intervención de estos organismos del Estado como parte querellante en el proceso penal, encuentra específico fundamento en el tipo de bienes jurídicos afectados por el delito de que se trata, por lo que parece legítimo que se constituya en parte del proceso (cfr. el fallo “Gostanián, Armando s/ recurso extraordinario” G.1471. XL, rta. el 30/05/2006).

En efecto, en autos se investigan las presuntas maniobras defraudatorias cometidas por funcionarios y empleados de la Dirección Nacional de Vialidad durante la ejecución de la traza de la Autopista Presidente Perón. Estas irregularidades habrían causado un perjuicio al ente que tenía bajo su órbita la creación de la referida autopista y un menoscabo al erario público nacional.

En este orden de ideas, el hecho de que alguno de los presuntos imputados haya prestado funciones —o continúe en su ejercicio— dentro de la Dirección Nacional de Vialidad, no obstaculiza la legitimación activa del ente, en tanto persona jurídica independiente y ajena a los miembros que la constituyen. En tal sentido, en las resoluciones impugnadas no se explica en concreto cuáles serían los obstáculos procesales que la participación como parte querellante del ente podría irrogar al proceso.

Finalmente cabe apuntar que no puede desconocerse la extrema gravedad que —de comprobarse conforme a los estándares y exigencias que impone al proceso penal nuestra Constitución Nacional y las leyes que reglamentan sus preceptos— tendrían los hechos que están siendo investigados, los cuales podrían ser calificados en los términos de la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada por Ley 24.759) y de la Convención de la Organización de las Nacio-

nes Unidas contra la Corrupción (aprobada por ley 26.097), en cuyos Preámbulos se pone de manifiesto la preocupación de los Estados por diversas cuestiones que importan actos de corrupción de funcionarios de los poderes del Estado, que comprometen la “estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia, y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”, que plantea la corrupción.

III. Por lo expuesto, adhiero entonces a la solución propuesta en el voto precedente.

Por ello, en virtud del acuerdo que antecede, por mayoría, el Tribunal resuelve: I. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 51/56 vta. por el Dr. R. J. S., con el patrocinio letrado del Dr. S. M., en representación de la Dirección Nacional de Vialidad, Casar la resolución obrante a fs. 46/48 y, en consecuencia, Tener a dicha entidad por legitimada como parte querellante en las presentes actuaciones; sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada CSJN 15/13 —Lex 100—). Oportunamente, remítase la presente causa al tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío. — *Mariano H. Borinsky*. — *Juan C. Gemignani*. — *Gustavo M. Hornos*.

Accidente en un parque de atracciones

Obligación de seguridad. Responsabilidad objetiva por la prestación de servicio. Inoponibilidad de la franquicia.

Hechos: *Una persona promovió una demanda de daños y perjuicios a raíz del accidente que sufriera su hijo dentro de las instalaciones de un parque de diversiones explotado por la empresa demandada. El Sr. juez de grado, luego de analizar la prueba producida, tuvo por acreditado el accidente y establecida la responsabilidad exclusiva de la accionada en su producción. Apelada la decisión, la Cámara la confirmó.*

1.- La empresa explotadora del parque de atracciones incumplió con su obligación de seguridad, puesto que un menor sufrió un daño mientras se encontraba en un juego —en el cual subió sin compañía de un adulto— dentro del establecimiento y no se acreditó la ruptura del nexo causal por el hecho de la propia víctima.

2.- La franquicia dispuesta entre la aseguradora y el demandado es inoponible, dado que si bien su finalidad es estimular el compromiso del asegurado en la prevención del siniestro, su cuantía es absolutamente irrazonable e ilícita, y violenta el fin asegurativo y lo priva de utilidad, afectando los derechos del damnificado, para quienes el seguro cumple una función de garantía.

121.366 — CNCiv., sala K, 22/05/2018. - R., S. A. c. Parque de la Costa SA y otro s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/25471/2018]

! COSTAS

Se imponen a la vencida y a la citada en garantía.

! INTERESES

Se aplica la tasa activa.

2ª Instancia. — Buenos Aires, mayo 22 de 2018.

El doctor *Álvarez* dijo:

I. Vienen estos autos a este Tribunal con motivo de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de primera instancia dictada a fs. 540/615, expresando agravios Parque de la Costa a fs. 635/645 y la citada en garantía a fs. 646/648; siendo contestados por la actora a fs. 650/655 y fs. 656/664 y por la Sra. Defensora de Menores de Cámara a fs. 667/671. A fs. 676 se presenta y toma intervención en autos J. C. B., habiendo cumplido la mayoría de edad y ratifica todo lo actuado.

II. La cuestión litigiosa

S. A. R. promovió demanda de daños y perjuicios a raíz del accidente que sufriera su hijo, J. C. B., el 23 de febrero de 2007, cuando se encontraba visitando con la colonia de vacaciones del Banco Hipotecario Nacional, las instalaciones del parque de atracciones denominado “Parque de la Costa” —localidad de Tigre, Pcia. de Buenos Aires—.

Adujo que el hecho aconteció durante la visita al predio cuando, en el primero de los juegos, una montaña rusa de agua, el bote frenó en pleno descenso de manera brusca e intempestiva, lo que impulsó al menor hacia delante, sufriendo un impacto frontal con la boca contra el borde del vehículo. Sostiene que ello ocurrió porque no fue asegurado adecuadamente el cinturón de seguridad con que la recreación cuenta y cuya operación se encuentra a cargo del personal del parque. Que el niño relató que el asistente le colocó el cinturón al subir, pero sin ajustárselo, por lo que él lo llamó con insistencia para decirle que estaba muy flojo, pero no se le prestó atención. A raíz del golpe, comenzaron a caer pequeñas partes de sus incisivos definitivos.

Refiere que al bajar su hijo del juego, los profesores de la colonia que lo acompañaban, lo trasladaron para que sea atendido por el personal médico del lugar, quienes constataron la fractura de dos incisivos definitivos superiores, un corte contuso-cortante e inflamación en la zona; siendo el criterio de los facultativos que ello no ameritaba el traslado a un centro asistencial, donde incluso —señala— podrían haberse salvado las piezas dentales.

Atribuye la responsabilidad a la accionada, a quien se abonó la entrada al parque, habiéndose producido el accidente por el deficiente control de los empleados afectados al sector, en cuanto atañe a la seguridad del juego en cuestión.

Parque de la Costa SA negó en su responde los hechos esgrimidos en la demandada. Señaló que acepta que el menor ingresó a sus instalaciones, de acuerdo al principio de buena fe, no obstante, no tener constancia de ello, pero que carece de registros internos que hayan documentado el pretendido siniestro. Que el servicio médico automáticamente da aviso ante la ocurrencia de cualquier accidente, lo que hace llamativo que el caso haya pasado desapercibido, no constando nada al respecto en el registro de atenciones.

Alude que el hecho pudo haber acaecido en cualquier otro lugar y que, para obtener un lucro indebido, se valieron de los tickets que habían utilizado, o bien los adquirieron luego de lo sucedido, para generar responsabilidad.

Afirma que el establecimiento funciona en óptimas condiciones desde su inauguración. En cuanto al juego aludido, manifiesta que consiste en una base de aluminio que posee algunas partes de hormigón, cubierto por agua, circulando una serie de botes o carritos, en rectas y curvas, con dos leves caídas, en un recorrido que dura entre tres y cuatro minutos; ubicándose las personas en grupos de hasta cuatro por bote, los cuales tienen un metro de

largo, sobre un asiento longitudinal, colocándose a horcajadas, contando cada posición con apoyo para los pies. Que cada lugar tiene su cinturón de seguridad de uso obligatorio, controlado por un operador designado exclusivamente para fiscalizar, antes del comienzo del recorrido, que todas las medidas de seguridad se cumplan. Asimismo, cada carrito posee una barra pasamanos lateral, de la cual todos los pasajeros deben asirse; indicación que es dada por el personal por altavoz, para que se sostengan durante toda la travesía, lo que permite evitar cualquier lesión. También remarca que, en su parte delantera, los vehículos cuentan con una cobertura de goma espuma recubierta de cuerina para evitar golpes.

Realiza una descripción operativa del mecanismo de la atracción, que tiene tres operadores. Uno de ellos inspecciona desde la cabina por circuito cerrado de TV, otro en el molinete en el acceso y, el tercero, controla la subida y bajada de los botes. De esta manera, previo a dar el primero de ellos inicio al recorrido, se revisa el cumplimiento de todos los requisitos exigidos, dado que los participantes deben tener una altura mínima de 1,10 mts., sentarse y sujetarse de la barra y colocarse el tirador de seguridad. Ya ubicados los pasajeros, uno de los operadores chequea cada carrito, que las personas se encuentren en su posición con cinturón colocado y ajustado; por lo que es imposible que hayan acontecido los hechos como se relata.

Concluye que el juego en cuestión es por completo seguro, no genera riesgo alguno y que la única explicación posible es que el menor no hubiese respetado las indicaciones del mismo ni los recaudos pertinentes para tomarse del pasamanos; las que además se detallan en varios carteles, de manera visible, en la zona de acceso donde se realiza la fila correspondiente. Así, para que haya ocurrido un accidente como el descripto, resulta imperioso que la persona se condujera de manera por demás incompatible con la normal prudencia que se le exige para su uso, de donde se plantea la eximente prevista en el art. 1113 relativa a la culpa de la propia víctima.

Solicita el rechazo de la demanda, con costas.

Al contestar Liberty Seguros SA la citación en garantía, reconoce la relación de seguro, si bien opone la franquicia y límite de cobertura pactados en la póliza; así solicita se desista de la acción en orden al monto pretendido. En cuanto al hecho, adhiere a la presentación de la asegurada, postulando se rechace la demanda en su contra, con costas.

III. Sentencia

El Sr. juez de grado, luego de analizar la prueba producida, tuvo por acreditado el accidente y establecida la responsabilidad exclusiva de la accionada en su producción. Así, hizo lugar a la demanda, condenando a Parque de la Costa SA a abonar a J. C. B. la suma de \$116.000 y a S. A. R. la de \$1.850, dentro del plazo de diez días, con más intereses y costas; extensivo a la citada en garantía, respecto de quien declara la nulidad de la cláusula relativa a la franquicia.

IV. Agravios

Contra dicha decisión se alza la accionada cuestionando: 1) la responsabilidad que se le atribuye en la sentencia de grado. Sostiene que el *a quo* no tuvo en cuenta que los hechos narrados por la actora en su escrito de inicio fueron intencionalmente tergiversados, atento la exclusiva culpa de la víctima en su generación del hecho; que ninguna responsabilidad de su parte se ha logrado probar. Refiere que los testimonios no resultan relevantes a los fines de la acreditación del suceso por cuanto no vieron cómo aconteció. Reitera que el juego no tiene peligrosidad alguna, cumpliéndose con la totalidad de los

recaudos de seguridad; no pudiendo resultar responsable por el actuar imprudente de la propia víctima o de terceros por quienes no tiene que responder. Señala que la pericial mecánica desechada por el juez resulta fundamental para demostrar la imposibilidad de que el accidente se haya producido de la manera relatada en la demanda. Que, frente a la falta de respeto por las normas de seguridad, infringiéndose el normal desempeño de la atracción, nada pudo hacer la empresa para evitar el supuesto siniestro, por lo que peticona el rechazo de la acción, con costas.

2) Las indemnizaciones otorgadas por incapacidad física y gastos de tratamiento futuro (\$16.000 y \$60.000). Arguye que ni el perito ni el juez han tomado en consideración que las lesiones han curado y que el menor no presenta cicatrices. Asimismo, señala que el monto es irrazonable y exagerado. En cuanto a los gastos entiende que la posibilidad de que los mismos se efectivicen es conjetural, se trata de una probabilidad hipotética que no puede ser indemnizable. De confirmarse la procedencia, peticona se reajuste el monto y, en su caso, se discrimine la aplicación de intereses con relación a los gastos futuros, ya que considera no corresponde su cálculo desde la fecha del hecho.

3) La procedencia del rubro “daño psicológico”, que aduce resulta arbitrario y carente de fundamento. Advierte que es poco creíble que la incapacidad del 10 % y el tratamiento requerido guarden relación con una lesión en la boca que ya se encuentra curada. Sostiene que la experticia es incompleta e insuficiente para relacionar el supuesto suceso con el estado psicológico del actor.

4) El reconocimiento del daño moral y/o *quantum* establecido. Entiende que el mismo no ha sido probado y que, de no concordar el *a quo* con dicha postura, pide se reduzca por tratarse de una suma desmedida.

5) La procedencia del rubro “gastos médicos y de traslados” cuando no se han acreditado las erogaciones efectuadas en este sentido, por lo que corresponde su íntegro rechazo.

6) La aplicación de intereses compensatorios con moratorios. Entiende que dicha doble tasa para el caso de mora en el cumplimiento resulta abusiva y exorbitante, por lo que solicita se deje sin efecto, toda vez que con la tasa activa conforme fallo “Samudio” desde el inicio de la mora del deudor y hasta el efectivo cumplimiento de la sentencia, cualquier mora se encuentra ya compensada.

La aseguradora se agravia por: 1) la procedencia y/o cuantía concedida por los rubros “incapacidad física” y “gastos futuros” que pide se desestimen o morigeren razonablemente.

2) La extensión de la responsabilidad a su parte declarando la nulidad de la franquicia establecida en el contrato de seguro, lo que entiende carece de validez jurídica. Señala que se omitió considerar que, de existir contrato de seguro, la eventual condena debe extenderse sólo en la medida de aquél conforme art. 118, Ley 17.418. Recalca que el seguro de responsabilidad civil tiende a mantener indemne el patrimonio del asegurado y no a la víctima del accidente.

3) La aplicación de tasa activa de interés. Peticona la fijación de una tasa del 8% anual desde la fecha del siniestro al dictado de la sentencia y, a *posteriori*, se aplique el plenario “Samudio” a fin de evitar un enriquecimiento injustificado hacia los peticionantes.

En su contestación de agravios de fs. 656, la actora solicita la deserción del recurso interpuesto por su contraria.

Al respecto, corresponde recordar que en la sustanciación del recurso de apelación el

cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos aun frente a la precariedad de la crítica del fallo apelado, directiva que tiende a la armonía en el cumplimiento de los requisitos legales y la aludida garantía de la defensa en juicio y delimitar restrictivamente el ámbito de las sanciones que importan pérdida o caducidad de los derechos del apelante (conf. CNCiv., sala E, del 24/09/1974, LA LEY, 1975-A,573; *id.*, Sala G, del 10/04/1985, LA LEY, 1985-C, 267; conf. CNEsp. Civ. y Com. Sala I, del 30/04/1984, ED, 111-513).

Teniendo en cuenta ello y dado que no se advierte que la expresión de agravios en cuestión se haya apartado de los principios fijados en el art. 265 del Ritual, corresponde desestimar lo solicitado.

V. Un correcto orden metodológico, impone analizar, en primer término, los agravios relacionados con la responsabilidad derivada del accidente.

He de señalar que atento la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civil y Comercial (Ley 26.994 y su modificatoria, Ley 27.077), de conformidad a lo previsto en su art. 7° y teniendo en cuenta la fecha de producción del siniestro en estudio, resultan de aplicación al caso las normas del Cód. Civil de Vélez.

Referidos ya sucintamente los agravios planteados por la accionada, es que analizada la prueba producida en autos a la luz de los principios que inspiran la sana crítica (art. 386, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), en el marco normativo aplicable al caso y teniendo presente que los magistrados no se encuentran obligados a atender todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por las partes y todas y cada una de las pruebas arrimadas al expediente, sino tan solo las que resultan conducentes y decisivas para una correcta solución del diferendo (Fallos Corte Supr. 306-2471; 272-225; 276-132), adelanto que propiciaré la confirmatoria del fallo apelado en cuanto atribuye la responsabilidad en la producción del accidente a Parque de la Costa SA.

Atento las disposiciones del art. 377 del Código Procesal, el damnificado que ejerció la acción resarcitoria tiene a su cargo la prueba del daño sufrido y el riesgo o vicio de la cosa de la cual este provino y la demandada, en su condición de dueña o guardiana de esa cosa, para eximirse de responsabilidad o disminuir la que se le atribuye, debe acreditar la culpa de la víctima, de un tercero por quien no deba responder o el caso fortuito.

Debe señalarse que resulta difícil al Juzgador que no presencié el hecho obtener una certeza absoluta acerca de la forma en que ocurrió, basta a tal fin alcanzar una certeza moral, debiendo entenderse como tal el grado sumo de probabilidad acerca del modo de producirse el evento.

No se encuentra discutido a esta altura de la *litis* que el menor sufrió un accidente dentro de las instalaciones del parque de diversiones explotado por la empresa demandada, concretamente en el juego “Saltos del Delta”. Arguye la accionada que la única explicación posible para la ocurrencia del siniestro como se relata, es que el menor no hubiese respetado las indicaciones del juego, configurándose la eximente legal de culpa de la víctima. Hace hincapié en el correcto funcionamiento de la atracción y en que no se ha logrado probar responsabilidad alguna de su parte.

En forma preliminar, cabe recordar que nos encontramos en presencia de un factor de atribución de responsabilidad objetiva, justificándose con prescindencia de la valoración de la conducta subjetiva del obligado —culpa o dolo—, entre los cuales se encuentra la garantía como factor de atribución, la que conlleva la seguridad que alguien brinda a terceros de

que, si se produce un daño en determinadas circunstancias, afrontará su resarcimiento.

En este sentido, quien organiza una actividad y aprovecha de la misma económicamente, debe asumir los riesgos; como consecuencia se le impone al organizador la obligación de indemnidad personal y patrimonial de los consumidores (Gherzi, Carlos, “Teoría general de la reparación de daños”, p. 206 y ss.).

El factor de garantía opera cuando pesa sobre alguien un deber de procurar la inocuidad y velar por la seguridad ajena en el despliegue de determinadas actividades. Sin embargo, y en el caso de ocurrir un hecho lesivo la responsabilidad surge aun cuando el demandado acredite que desplegó gestiones de cuidado diligentes y hasta intensas. En efecto, se considera a la seguridad como un resultado y se responde toda vez que éste no se alcance, sin necesidad de probar la relación causal con fallencias de control y sin que exima la prueba sobre la efectividad de este control (conf. Zavala de González Matilde, “Resarcimiento de daños”, T° 4, Editorial Hammurabi, p. 381).

Vázquez Ferreyra define la obligación de seguridad como “...aquella en virtud de la cual una de las partes en el contrato se compromete a devolver al otro contratante ya sea en su persona o sus bienes, sanos y salvos, a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación de forma expresa por las partes, impuesta por la ley o bien surgir tácitamente del contrato a través de su interpretación en base al principio de la buena fe...” (autor citado, “La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y Ley de Contrato de Trabajo”, p. 105/06).

La responsabilidad objetiva basada en el deber de seguridad que en este caso debería haber prestado la empresa demandada, se encuentra prescripta asimismo en los art. 3°, 5° y 40 de la ley 24.240 —modificada por la ley 26.361— que establece la responsabilidad objetiva por la prestación del servicio.

El hecho debe analizarse en consecuencia bajo la égida de la normativa de Defensa del Consumidor, ley 24.240 y su modificatoria, ley 26.361, en tanto el damnificado se encontraba ligado con la accionada por una relación de consumo, comprensiva del ámbito objetivo de aplicación de la protección normativa del consumidor.

Ello, pues no cabe duda que la relación entre el establecimiento y quien transita dentro del lugar y utiliza sus instalaciones es la de un usuario involucrado en una típica relación de consumo. En dicha relación de consumo, la obligación de seguridad se impone con especial fuerza. En el derecho de consumo la obligación de seguridad tiene una orientación tutelar preferente dirigida al consumidor o usuario como destinatario.

El deber de custodia que recae sobre el proveedor, abarca prestaciones tales como la vigilancia permanente, la remoción inmediata de obstáculos o elementos extraños, y toda otra medida que dentro del deber de custodia pueda haber a los efectos de resguardar la seguridad, la estructura y fluidez de la circulación (conf. CNCiv., Sala “G”, L. 324.940, *in re*, “J., C. c. Carrefour Argentina SA s/ daños y perjuicios” del 13/05/2002; *id.*, Sala “E”, L. 431.848, *in re*, “T., M. O. c. Supermercado Ekono SA s/ daños y perjuicios” del 13/09/2005, entre otros).

En suma, las normas referidas consagran la responsabilidad objetiva y sólo permiten que se exima total o parcialmente de responsabilidad al dueño o guardián, o quien explota el local comercial, acreditando una causa ajena, la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no debe responder, o caso fortuito, lo que no fue probado en autos.

En la peritación contable producida en las actuaciones, el experto indicó que, de acuerdo a las verificaciones efectuadas, se verificó

la denuncia de siniestro correspondiente a la póliza 8544, con fecha de siniestro 23/02/2007, a las 12 AM y fecha de denuncia 27/02/2007, ingresando bajo el número 2007-03074, tipo: lesiones, B. J. C., trauma facial con ruptura de piezas dentales, al chocar el borde del bote, ubicación: Saltos del Delta (fs. 273). Informe pericial que no mereció objeción de las partes.

Pues bien, de la declaración testimonial brindada por A. N. A., docente y coordinadora de la colonia del club del Banco Hipotecario, surge que fue ella quien contrató la excursión al Parque de la Costa. Que, al ingresar ese día al parque, el grupo de J. C. se dirige a la atracción Saltos del Delta y ella los acompaña hasta la entrada del juego. Que al rato la llama por celular uno de los profesores encargados de ese grupo y le dice que J. C. se había golpeado los dientes y le salía mucha sangre. Asiste inmediatamente y allí observa lo ocurrido, que tenía mucha sangre en boca y los dientes de adelante, las paletas, rotas. Se comunica por ello con la madre del niño, le comenta lo sucedido y a J. lo lleva al servicio médico del parque. Que los médicos lo atienden y constatan lo relatado, haciéndole las curaciones para que deje de sangrar. Agrega que luego se quedan en el parque, le ponen hielo y a las siete de la tarde regresan a Villa Celina donde queda la colonia. Que al bajar del micro le entregan el niño a su madre.

En cuanto a lo sucedido, señala que conoce el hecho por los relatos del profesor y del nene, que subió al carrito y se golpeó y rompió los dientes sobre el borde que tiene el mismo. Que es una atracción con subidas y bajadas donde circula agua. Que cuando ella vio a J. C., él le comentó que le habían dejado flojo el cinturón de seguridad. Aclara que es la gente del Parque de la Costa quien controla esas cuestiones.

A su turno, el testigo N. G. A., docente, indica que fueron con la Colonia al Parque de la Costa con los menores, llegaron al juego “Saltos del Delta”, había cola y él se fue con otro grupo a otra atracción. Estando allí lo llama otro profesor, que había pasado algo con J. C. Se apersona en Saltos del Delta y lo ve al niño con la boca ensangrentada y cortado un diente. Lo llevan a lavarse y al servicio médico del lugar, junto con A. A. Lo atiende el personal médico y él firma un acta donde se deja constancia de la atención del menor. Llamaron a la mamá y le explican lo sucedido; se quedan con el nene a resguardo y preparan la vuelta del viaje. Luego vuelven al club y entregan el chico a sus padres.

Aclara que el hecho ocurrió en dicho juego, dentro de un carrito; que lo sabe porque el mismo nene contó lo sucedido, que se había golpeado hacia delante con el bote. Respecto a la atracción, señaló que hay dos personas que controlan el ingreso, que se trata de un carrito que va sobre un riel que tiene agua y que los saltos tienen varias alturas.

Como bien destaca el primer sentenciante, ambos testigos no fueron presenciales del momento del suceso en sí, pero brindaron relatos concordantes de los momentos inmediatos anteriores y posteriores, habiendo dejado allí al menor para hacer la fila de ingreso a la atracción con otros profesores y acompañándolo luego, tras lo ocurrido, al Servicio Médico del Parque, ensangrentado y con dientes rotos.

De acuerdo a las reglas de la sana crítica encuentro veraz las declaraciones aportadas por los testigos, las que valoraré positivamente ante la ausencia de otros medios de prueba que logren convicción judicial en contrario (art. 386 del Código Procesal).

En las declaraciones testimoniales prestadas por A. D. O. y M. R. G., ambos empleados de Parque de la Costa —actualmente jefe de mantenimiento uno y jefe de juego el otro—, detalladamente reseñadas en el decisorio de grado, explican las características y funcionamiento de la atracción que nos ocupa. Nada presenciaron en cuanto al accidente refiere.

Afirmaron que los cinturones no vienen de fábrica y que los hicieron en el parque para mayor seguridad.

En lo que al informe pericial atañe, el profesional designado de oficio sostuvo que la atracción no ofrece riesgos en tanto y en cuanto sus ocupantes no saquen los brazos hacia los costados del bote y no balanceen los mismos; el personal asignado al juego se ocupa de que los usuarios se coloquen el cinturón de seguridad y/o se los ponen en caso que aquellos no lo sepan hacer. Concluye que parece inverosímil, salvo mejor prueba en contrario, que el hecho aconteciera de la manera relatada por la actora. Entiende que, aunque el menor tuviese el cinturón mal colocado, no habría sido lanzado hacia delante. Que los botes tienen una almohadilla de seguridad en la parte delantera y que la disminución de velocidad al pie de las bajadas es muy gradual y sin saltos (fs. 267/269). En la contestación de fs. 306 ratifica en un todo su experticia.

Sabido es que las conclusiones del perito no tienen efecto vinculante para el juzgador, como tampoco las impugnaciones; pues no es el auxiliar o su informe quien decide el pleito, sino que es el sentenciante quien, de acuerdo a los principios y reglas de la sana crítica, evalúa los resultados a fin de arribar a sus propias conclusiones. Ello apreciando también las restantes circunstancias y elementos que ofrezca la causa, tanto para completar como para comparar el dictamen.

Como medida para mejor proveer, el magistrado de la anterior instancia se constituyó en el predio de la demandada para abordar la montaña rusa Saltos del Delta y observar el funcionamiento de la misma como la dinámica de su mecanismo; tras dicha comprobación solicitó al perito informe respecto al centro gravitacional del vehículo al que ascienden los usuarios y la influencia de la disipación de energía con relación con el peso relativo del pasajero y su altura (fs. 487, 490 y 491).

A fs. 493/530 es agregado el Manual de Operación y Mantenimiento del juego.

A fs. 533/538 el ingeniero mecánico responde los requerimientos del tribunal y señala que el centro de gravedad de la embarcación sin pasajeros estaría ubicado en el plan de crujía de la misma, más hacia la proa por estar situado el planchón y los perfiles “U” en forma asimétrica hacia la proa.

Menciona que los botes cuentan con 4 asientos en línea que pueden o no estar ocupados en su totalidad. El personal del parque ubicaría los pasajeros más livianos adelante y en forma progresiva por peso hacia atrás. De haber tres pasajeros, el lugar de adelante queda vacío. Esto tiene por finalidad suavizar el enganche con la cadena de izamiento cuando la embarcación se acerca a la base de la rampa de ascenso.

Refiere que el centro de gravedad de las personas está en las cercanías del abdomen, donde se ubica el cinturón de seguridad. Dado que la ubicación de los centros de gravedad de los ocupantes es cercano al piso, al igual que el del carrito, el centro de gravedad del conjunto es también cercano al suelo de la embarcación, fluctúa hacia delante o hacia atrás en razón del peso, ubicación y distribución de los visitantes y es variable e irrepetible en cada configuración de pasajeros, por la sencilla razón que estos se mueven, extienden sus brazos, se estiran, buscando compensar instintivamente las fuerzas variables a las que son sometidos durante el desarrollo del juego.

Como bien destaca el *a quo*, del manual de la travesía surge que el menor no debió subir al bote sin la compañía de un adulto (fs. 495 vta.), cosa que efectivamente ocurrió y que contraría las argumentaciones de la emplazada relativas al estricto cumplimiento de todas las medidas de seguridad por parte del personal que controlaba el juego.

Por otro lado, tratándose de un niño de corta edad, con menor peso y altura que un adolescente o un pasajero adulto, y desconociendo la textura física de los restantes ocupantes del bote en la oportunidad, sumado a las características del cinturón de seguridad agregado a las embarcaciones —no inercial—, considero verosímil que el suceso haya acaecido de la forma relatada en la demanda.

En este marco, se colige de manera inducida a mi criterio, el incumplimiento de la obligación de seguridad por parte de la explotadora comercial puesto que, habiendo el menor sufrido el daño mientras se encontraba en un juego dentro del establecimiento —parque de diversiones— perteneciente a la demandada, y no encontrándose acreditado la ruptura del nexo causal aludido a través de una causa ajena como eximente de responsabilidad, no habiendo acompañado elemento alguno que probara el hecho de la propia víctima, es que compartiendo los sólidos fundamentos del *a quo*, entiendo corresponde sin más confirmar la sentencia recurrida en cuanto establece la responsabilidad de Parque de la Costa SA, lo que así propongo al Acuerdo.

VI. Seguidamente he de expedirse sobre los agravios vertidos por la emplazada y la aseguradora respecto de las partidas indemnizatorias otorgadas en el pronunciamiento de grado.

A los fines de la estimación de los montos resarcitorios, se advierte que en la demanda las sumas peticionadas fueron supeditadas a “lo que en más o en menos determine VS conforme el resultado de la prueba a producirse en estas actuaciones” (conf. fs. 16 y vta.). Asimismo, se tiene en cuenta que ni la actora ni la Sra. Defensora de Menores han apelado el decisorio.

A) Incapacidad sobreviniente —daño físico—.

La incapacidad sobreviniente es el perjuicio que consiste en las limitaciones a la capacidad genérica que son consecuencia de las lesiones experimentadas por la víctima al producirse el accidente, exigiendo la satisfacción del perjuicio patrimonial sufrido por el damnificado la consideración prudencial de los aspectos a ella referidos (edad, sexo, actividad, grado de instrucción, etc.), gozando el arbitrio judicial de un amplio margen de apreciación. Comprende, en consecuencia, la merma genérica en todas las esferas de su personalidad y constituye, por tanto, un quebranto patrimonial indirecto.

Para fijar el respectivo *quantum* indemnizatorio se ha resuelto que debe tenerse en cuenta no sólo de qué manera incide su gravitación en las aptitudes de la víctima para el trabajo futuro o en la frustración de obtener beneficios económicos, pues esa incidencia no es única ni exclusiva a los fines resarcitorios, sino además de qué forma afecta en todos los demás aspectos de la personalidad de la víctima (v. esta Sala Exptes. 101.557/97; 31.005/01; CNac. Civ., Sala F, 21/11/2002, JA, 2003-IV-síntesis; CCiv. y Com. Morón, Sala 1ª, 01/10/2002, JA, 2003-II-síntesis; *Id.*, Sala 2ª, 20/02/2003, JA, 2003-IV—262; C.Nac. Civ., Sala H, 23/05/2002, JA, 2003-I-síntesis, entre muchos otros).

Ello por cuanto su afectación se proyecta necesariamente al futuro, cercenando o menoscabando probabilidades de desenvolvimiento, éxito o inserción en el mundo de relación (conf. Zavala de González, “Daños a las Personas -Integridad Psicosfísica”, T. 2a., p. 41).

Ahora bien, para que proceda el reclamo en estudio, resulta de fundamental importancia la existencia de un daño cierto resarcible que indique que el hecho generador ha provocado secuelas de carácter discapacitante, con clara relación causal.

En este orden de ideas, se hace necesario señalar que es precisamente la opinión de los

expertos en la materia la adecuada para tener en cuenta a los efectos de estudiar la procedencia o no del rubro en cuestión.

A tal fin, cabe atenerse a las constancias obrantes en la causa y pericial médica, que valoro y acepto en los términos de los arts. 386 y 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Pues bien, el profesional designado de oficio presentó su informe a fs. 276/287 y 322/334. Señaló que el examinado no presenta cicatrices ni asimetrías en su rostro, ni en mucosa yugal. La observación de las piezas dentarias que sufrieron fractura es normal, de coloración y textura acorde a la edad. Ambas arcadas son normales, los ángulos de apertura están conservados. Se le hizo morder distintas superficies sin manifestar dolor.

Posteriormente, se le dio a tomar agua a temperatura ambiente, caliente y con hielos. El actor limitó por dolor la ingesta de los vasos de líquido con temperatura alta y baja. Aportó su madre las fundas metálicas que utilizó como tratamiento para sus fracturas dentarias.

Manifestó el diestro que, con el tiempo, la dentina se vuelve a formar y el problema de la sensibilidad a la temperatura desaparece. La dentina del menor no se regeneró en forma suficiente luego de cuatro años, tiempo para considerar la lesión como definitiva.

Como consecuencia de las lesiones sufridas en el Parque de la Costa, el actor presentó traumatismo en rostro y dentadura. Dicha lesión consistió en la fractura de dos piezas dentarias permanentes, los incisivos superiores. Recibió el tratamiento adecuado, funda metálica en cada pieza durante unos 4 años y luego retoques estéticos.

Al fracturarse las piezas dentarias, se rompió el esmalte y perdió un tejido llamado dentina que recubre el nervio o pulpa dentaria. Este tejido aísla al nervio de las temperaturas extremas.

Concluye que el daño actual, secuela de las fracturas curadas, es una limitación funcional a las temperaturas distantes a las del cuerpo. Consiste en una anormal sensibilidad al frío y al calor. Esto genera en el actor limitaciones en su vida de relación.

El accidente descripto guarda relación cronológica, fisiopatológica y etiopatológica con las lesiones seculares actuales. La incapacidad parcial y permanente asciende a 1,76 %.

En la contestación de fs. 345/346, ratificó el diestro sus conclusiones y aclaró, respecto a la “curación” con un tratamiento de conducto, que el mismo es la denervación de la pieza dentaria y la duración es sensiblemente menor que la de una pieza dentaria común, máxime cuando estamos hablando de un niño. Por ello, es difícil hablar de curación; sostiene que se cambia un problema por otro menor y se trasladada a futuro el nuevo inconveniente de la pérdida de las piezas dentarias.

Debe destacarse que, si bien el dictamen pericial no obliga al juez, cuando está suficientemente fundado y uniforme en sus conclusiones debe acordársele valor probatorio. La sana crítica aconseja seguir el informe pericial cuando no se oponen a ello argumentos científicos y técnicos, legalmente bien fundados, por lo que debe reconocerse plena validez a este tipo de prueba que recae sobre hechos controvertidos sustancialmente técnicos para cuya valoración se requieren conocimientos especiales, pudiendo sus conclusiones solo ser enervadas por fundadas razones científicas (conf. expte. n° 37.715/04 de esta Sala, entre otros).

En función de las consideraciones expuestas, meritando las condiciones personales del damnificado, en especial las relativas a su edad (7 años al momento del accidente), condición socio-económica del grupo familiar (BLSG

expte. N° 8382/2009), las objetivas del evento dañoso, la naturaleza de las lesiones padecidas y la incapacidad física que presenta, es que propicio al Acuerdo la confirmatoria de la procedencia del rubro y del monto fijado en la anterior instancia (\$16.000).

B) Gastos futuros

Los gastos terapéuticos son resarcibles siempre que de acuerdo a la índole de las lesiones sea previsible la necesidad de realizar o continuar algún tratamiento curativo o paliativo.

Asimismo, tratándose de un daño futuro no es preciso la seguridad de que sobrevendrá, debiendo bastar que el tratamiento aconsejado resulte razonablemente idóneo para subsanar o ayudar a sobrellevar siquiera parcialmente, las secuelas desfavorables del hecho.

Sentado ello, el perito médico en su informe señaló que la situación podría mejorar efectuando un tratamiento de conducto en ambas piezas dentarias; esto es quitar la dentina y anular la pulpa o parte nerviosa sensible de la pieza. Agregó que es altamente probable que en algún momento de la vida deba realizarse implantes dentales, dado que la duración media de un tratamiento de conducto es variable y el actor tiene 11 años al examen.

En virtud de todo ello, propongo al Acuerdo confirmar la procedencia del rubro y la suma concedida en la anterior instancia (\$60.000).

C) Daño psíquico y tratamiento

Así como toda disminución de la integridad física humana debe ser materia de resarcimiento, hay que admitir que cualquier merma de las aptitudes psíquicas de un individuo constituye también un daño reparable. En este aspecto, se configura la lesión psíquica mediante la alteración de la personalidad, es decir, la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que entrañe una significativa descompensación que perturbe su integración en el mundo social.

En esa inteligencia, corresponde a mi criterio colegir la total autonomía e independencia entre el daño psíquico y el moral. Uno importa un menoscabo a la salud psíquica e integra el concepto de incapacidad, mientras que el otro repercute en los sentimientos del damnificado.

Asimismo, acreditada la relación de causalidad de las deficiencias psíquicas que padece el damnificado con el hecho investigado, los gastos que ocasione el tratamiento que aconseja el perito para que disminuyan dichas secuelas, deberán ser resarcidos por el demandado.

Ello no obsta a que tenga lugar el resarcimiento por la incapacidad padecida, ni que exista por dicha causa duplicación de reparaciones (v. exptes. N° 56.220/00, 18.147/03 y 112.805/01 de esta Sala, entre otros), puesto que una cosa es resarcir la minoración permanente de aptitudes y otra cubrir con una terapia adecuada la posibilidad de que empeore el estado del peticionante.

Pues bien, en la experticia producida se determinó que J. C. presenta reacción vivencial anormal neurótica grado II, con una incapacidad del 10 %. Se observa que tiene una personalidad con rasgos fóbicos con relación al contacto social, los cuales se vieron acentuados luego del accidente por las cargas de sus compañeros de clase. Se recomienda un tratamiento psicológico de cuatro meses de duración, a razón de una vez por semana (fs. 330/334).

En la contestación a las impugnaciones a fs. 350/355, se informó que el menor no posee cuadro psicológico de base preexistente. Que el porcentaje que se adjudica al peritado es el mínimo estipulado y está relacionado con el

menoscabo en su vida de relación como consecuencia del accidente motivo de *litis*.

En cuanto al tratamiento, se aclaró que el tiempo de cuatro meses que se recomienda se estima con relación con los sufrimientos ocasionados por el suceso de autos, acorde para trabajar el tema puntual en una terapia focalizada.

En virtud de las consideraciones precedentes, siendo aceptadas las conclusiones periciales, teniendo en cuenta las condiciones subjetivas del damnificado, las objetivas del evento dañoso, la incapacidad psíquica padecida y el tratamiento aconsejado, es que, si mi voto es compartido, propongo al Acuerdo confirmar la procedencia y cuantía otorgada por el rubro en cuestión (\$20.000).

D) Gastos médicos y de traslados

Es dable recordar que para la procedencia de tales reclamos no se requiere prueba cierta y determinada y deben ser abonados cuando es presumible su existencia en virtud de la índole de las lesiones sufridas. Siendo ello así, gravitan en la determinación de su monto factores tales como el lugar donde fue atendida la víctima, importancia y extensión de las lesiones, traslados que hubo de realizar durante su recuperación, etc.

Cabe dejar sentado asimismo que la circunstancia de la atención tanto en hospital público o por intermedio de obras sociales, no implica la gratuidad de todos los medicamentos y prestaciones.

En función de dichas consideraciones, atento las constancias de la causa, conclusiones periciales y meritando las lesiones que padeció el damnificado, es que propongo al Acuerdo confirmar la procedencia y el importe acordado por el particular en la instancia de grado (\$1.850).

E) Daño moral

Existe daño moral indemnizable cuando hay una lesión o agravio a un interés jurídico no patrimonial, es decir un menoscabo a bienes extrapatrimoniales.

El derecho no resarce cualquier dolor, humillación, padecimiento sino aquello que sea consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido tenía un interés reconocido jurídicamente (conf. Zannoni, “El daño en la responsabilidad civil”, ps. 234/235; Brebbia, “Daño moral”, p. 47; art. 1078 del Cód. Civil).

El agravio moral está constituido por la lesión a las afecciones íntimas del damnificado, las aflicciones que experimenta, la duración de su convalecencia y la incertidumbre sobre el grado de restablecimiento.

Es así que, considerando las condiciones personales del damnificado, las objetivas del siniestro, la entidad de las lesiones sufridas, el tratamiento recibido, la incapacidad que soporta y demás circunstancias que surgen de la causa, es que propongo al Acuerdo confirmar la procedencia y *quantum* otorgado por el *a quo* por el presente rubro (\$20.000).

VII. Tasa de interés aplicable a la *litis*

Se queja la aseguradora por la tasa de interés aplicada a la *litis* con relación a la acordada por el período comprendido entre el hecho y la sentencia; solicita que el capital de condena devengue intereses a una tasa pura del 8 % anual desde el hecho y hasta la sentencia a fin de no generarse un enriquecimiento indebido a favor de la actora; la citada peticiona la tasa del 8 % anual. Asimismo, la emplazada cuestiona la doble tasa activa fijada para el caso de demora en el pago en el plazo establecido y la fijación de intereses respecto de los “gastos futuros” desde la fecha del hecho.

Debe señalarse que en el Acuerdo Plenario celebrado el día 20 de Abril de 2009 en autos: “Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios”, se resolvió dejar sin efecto la doctrina fijada en los fallos plenarios “Vázquez, Claudia A. c. Bilbao Walter y otros s/ daños y perjuicios” - del 02/08/1993 - y “Alaníz Ramona E. y otro c. Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios” —del 23/03/2004 - y establecer la tasa de interés moratorio, correspondiendo aplicar la tasa activa carter 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 su dictado implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido.

En materia de daños los intereses se devengan desde el momento mismo en que se produjo cada perjuicio, pues la reparación se adeuda desde el hecho dañoso o desde que sus consecuencias dañosas se produjeron, dado que el responsable incurre en mora a todos los efectos legales desde que aquel hecho se produjo.

Esta Sala ya se ha pronunciado en el sentido que el juez en la sentencia fija un *quantum*, lo que de ningún modo es igual 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 (conf. Expediente. N° 71.896/2003, “Latorre Costa, José A. c. Osperyh y otros s/ Daños y perjuicios”, del 2 de julio de 2009, con voto preopinante de la Dra. Hernández).

En definitiva, 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. Construred SA s/ daños y perjuicios” (22/04/2003) “...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 ínsita en el art. 18 de la Constitución Nacional”.

En otro orden de ideas, la Dra. Hernández, la Dra. Díaz y el Dr. Ameal se han pronunciado en sus fundamentos al voto que dieran en el plenario respectivo, en lo referente a la excepción en él señalada, en el sentido que no resulta aplicable a supuestos como el de autos, en base a las consideraciones que ya expusieran en votos a fallos de esta Sala (ver exptes. N° 43.604/02 y 48.738/02), que me permito reproducir, adhiriéndome a dicha posición.

En efecto, juntamente con los Dres. Sansó, Mizrahi, Ramos Feijóo, Díaz Solimine, Vilar, Zannoni, Mattered, Wilde, Verón y Pérez Pardo, sostuvieron en aquella oportunidad que la salvedad del último punto de la doctrina del plenario provoca cierta perplejidad. ¿Cómo es posible sostener que la aplicación de la tasa de interés activa implica nada menos que una alteración del significado económico del capital de condena que configura un enriquecimiento indebido?

Se dijo: “En esa cuestión, 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”.

“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”.

“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 (13/04/1977) y por esta Cámara (*in re*, “La Amistad SRL v. Iriarte, Roberto C.” del 09/09/1977), 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”.

“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 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”.

“Por todo lo que sucintamente quedo expuesto, se entiende 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 Cód. 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”.

“Pero 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 Cód. Civil, atento al principio dispositivo del proceso; la naturaleza patrimonial de la acción ejercida y las reglas respecto de la carga probatoria establecida en el art. 377 del Código Procesal”.

En cuanto al planteo de la accionada por la fecha desde la cual se computan en la sentencia los intereses respecto del rubro “gastos futuros”, este Tribunal se ha expedido anteriormente, sosteniendo que la obligación de indemnizar nace en el instante mismo en que se ocasiona el daño, por cuanto en ese momento se produce el menoscabo en el patrimonio del damnificado, del que el autor del perjuicio es responsable y es por ello que corresponde su oportuna reparación.

Asimismo debe tenerse en cuenta que, atento a que el responsable está obligado a reparar el daño desde su ocurrencia, si efectivamente no lo hace, retiene en su patrimonio desde el acaecimiento del perjuicio hasta su resarcimiento, la cantidad dineraria necesaria para ello, generando a su favor la percepción de intereses, que si no son computados en los rubros indemnizatorios originaría sin justa causa un detrimento en el damnificado (conf. voto preopinante del Dr. Ameal en autos: “Acosta Cereales SRL c. Caminos de América SA s/ daños y perjuicios” de esta Sala, expte. N° 42.791/07, del 02/07/2009).

Por los fundamentos vertidos, se desestiman los agravios impetrados.

Finalmente, respecto del planteo referido a la fijación de un interés moratorio equivalente a otro tanto de la tasa activa, cabe señalar que por ser una cuestión relacionada con el trámi-

te de ejecución de sentencia, expedirse sobre el tema deviene abstracto por prematuro, y tampoco sería prudente interpretar que la demandada recurrente, estaría dando a entender que no va a cumplir en tiempo y forma con la condena impuesta por el Sr. Juez de grado, ratificada en lo pertinente a través de la presente (conf. expte. N° 41.036/2011). Corresponde, en consecuencia, diferir su tratamiento para el caso que se configure el supuesto establecido en la sentencia.

VIII. La franquicia denunciada por “Liberty Seguros Argentina SA”.

En la instancia de grado se declaró la nulidad de oficio de la cláusula relativa a la franquicia pactada en la póliza; determinación que motivó el agravio de la citada en garantía, quien pretende se revoque en este aspecto el decisorio.

Este tribunal sostuvo la inoponibilidad de la franquicia a la víctima pactada entre los contratantes del seguro por aplicación analógica del plenario “Obarrio”, desde que se encuentran en juego idénticos intereses a los que inspiraron aquélla doctrina legal, dictado con sustento en la función social del seguro y el adecuado resguardo a las víctimas de accidentes, sean o no transportadas. En la especie, donde el primer sentenciante avanzó más allá de la mera oponibilidad de esta cláusula y declaró su nulidad por abusiva, los integrantes de esta Sala acompañaremos la postura asumida.

Ello, por cuanto la aseguradora intenta eximirse del cumplimiento de una obligación hasta el límite de la suma o porcentaje fijado para la franquicia. Desde el ángulo de la autonomía privada, no puede admitirse que se esté en el terreno de la disposición de los particulares (art. 1137 y art. 1197 del Cód. Civil), el disponer de esa porción de la estructura obligacional, puesto que tal exención de responsabilidad está en contra de su función típica (art. 953 y art. 1198 del Cód. Civil) y resulta abusiva.

De esta manera, la colisión entre la estipulación contractual y el ordenamiento legal torna de nulidad absoluta y manifiesta la cláusula contractual, lo que equivale a tenerla por no convenida o no escrita. Ello implica aceptar que la nulidad afecta exclusivamente al precepto de autonomía, subsistiendo el contrato en todo lo demás (art. 1039 del Cód. Civil).

Lo expuesto obliga a la aseguradora a la reparación integral del perjuicio sufrido, sin que pueda invocar la mentada “oponibilidad” de la franquicia al tercero damnificado.

La institución de la franquicia tiene por finalidad —entre otras— estimular el compromiso del asegurado en la prevención del siniestro, pero en el caso, su cuantía es absolutamente irrazonable e ilícita. Tan así que violenta el fin asegurativo y lo priva de utilidad práctica, lo que apareja la desnaturalización del objeto del

contrato de seguro y afecta los derechos del damnificado, para quienes el seguro cumple una función de garantía (del voto del Dr. Mayo C., S. J. c. Transportes Metropolitanos General San Martín y otro s/ daños y perjuicios”, libre de fecha 2 de marzo de 2011).

Por otra parte, el contrato de seguro es un contrato por adhesión, de contenido predispuesto, donde se debe restar valor a las cláusulas cuyos contenidos presenten circunstancias violatorias del orden público, la moral y las buenas costumbres, interpretándolos en los términos del art. 1198 del Cód. Civil (Vallespinos, Carlos Gustavo, “El contrato por adhesión a condiciones generales”, Ed. Universidad, 1984, p. 322 y p. 470).

La Ley de Defensa del Consumidor contempla igual solución, sosteniendo que tales cláusulas desnaturalizan obligaciones de la demandada, al violentar los deberes esenciales o naturales del contrato y frustrar las expectativas razonables que legítimamente tienen los consumidores de seguros; implican una restricción de los derechos de los usuarios de servicios de seguros e incurrir en los tipos abusivos previstos en los incisos a) y b) del art. 37, por lo que deben tenerse por no convenidas.

Por los fundamentos vertidos, habrá de confirmarse en este aspecto el fallo apelado.

En función de lo expuesto, en caso de resultar compartido este voto por mi distinguido colega de Sala, propongo al acuerdo: 1) Confirmar la sentencia de grado en todo cuanto decide, manda y fuera motivo de agravio y, 2) Imponer las costas de Alzada a la accionada y aseguradora vencidas (art. 68 del Código Procesal).

El doctor *Ameal* por las consideraciones y razones aducidas por el doctor *Álvarez*, vota en igual sentido a la cuestión propuesta.

Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcrito precedentemente, por unanimidad de votos el Tribunal decide: 1) Confirmar la sentencia de grado en todo cuanto decide, manda y fuera motivo de agravio y, 2) Imponer las costas de Alzada a la accionada y aseguradora vencidas (art. 68 del Código Procesal). Difiérase la regulación de honorarios de Alzada para su oportunidad. Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1° de la ley 26.856, art. 1° de su Decreto Reglamentario 894/2013 y arts. 1°, 2° y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN. La difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. Se deja constancia que la Vocalía N° 33 se encuentra vacante. Regístrese, notifíquese por secretaría y cumplido ello, devuélvase a la instancia de grado. — *Oswaldo O. Álvarez*. — *Oscar J. Ameal*.

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 3, a cargo del Dr. José Luis Cassinerio, Juez Subrogante, Secretaría N° 5, a cargo de la Dra. Ana María Álvarez, sito en Libertad 731, piso 4to., de esta Ciudad, hace saber que la Sra. MARÍA VERÓNICA SEGURA MILLAN SOURS, D.N.I. N° 94.484.374, de nacionalidad mexicana ha solicitado la declaración de la “Ciudadanía Argentina”. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión de dicho beneficio podrá hacerlo

saber a través de Ministerio Público, dentro del plazo de quince días. Publíquese por dos días en “LA LEY”.

Buenos Aires, 14 de junio de 2018
Ana María Álvarez, sec. fed.
LA LEY: I. 11/09/18 V. 11/09/18

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, a cargo del Dr. Marcelo Gota, Secretaría N° 16, a mi cargo, sito en Libertad 731, 7° piso, de Capital Federal, hace saber que RODOLFO ENRI-

QUE ARRIETA MARRUFO, nacido en Santa Lucía, Maracaibo, Zulia, Venezuela, el 4 de febrero de 1982, con D.N.I. N° 95.490.945, ha peticionado la concesión de la Ciudadanía Argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario “LA LEY”.

Buenos Aires, 15 de agosto de 2018
Sebastián Andrés Ferrero, sec.
LA LEY: I. 11/09/18 V. 11/09/18