

Se dictó el llamado de autos, providencia que se encuentra firme, quedando de esta manera los presentes en estado de dictar sentencia.

III. Motiva el inicio de las presentes actuaciones la acción incoada en virtud de los daños y perjuicios que dice haber sufrido el actor por haber consumido durante muchos años los cigarrillos fabricados por la demandada.

Relató que a la edad de 13 años, en el año 1979, comenzó a fumar los cigarrillos de la marca Parissien. Que en esa época las tabacaleras a través de sus publicidades asociaban el consumo de cigarrillos a una imagen moderna, agradable y seductora del género masculino, como así también se la asociaba a la vida al aire libre y al deporte.

Que al principio comenzó fumando pocos cigarrillos al día, pero al cumplir los 16 años superaba los 35 cigarrillos diarios.

Sostuvo que luego de egresar de la escuela secundaria se graduó como profesor de educación física en el año 1989 y que hasta el año 1994 se desempeñó en esa actividad en distintos establecimientos educativos.

Continuó relatando que en el año 1994 comenzó a dedicarse de manera autónoma a la colocación, mantenimiento y alquiler de máquinas expendedoras de café, actividad que realizó hasta el año 2013. Que en marzo de dicho año, a los 46 años de edad, sufrió un infarto de miocardio. Que recibió los primeros auxilios en la guardia del Hospital General de Agudos “A. Zubizarreta” de esta ciudad y luego fue trasladado a la Clínica Suizo Argentina, donde fue intervenido quirúrgicamente y se le colocaron dos stent.

Afirmó que desde ese día dejó de fumar y explicó que desde entonces, por motivos de salud, ha perdido su independencia económica, debiendo dejar su actividad, siendo su esposa el único





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

sostén familiar y que debe ingerir de por vida más de siete medicamentos de los cuales depende su supervivencia.

En lo atinente a los cigarrillos producidos por la demandada, refiere que se aventuró “a consumir ese producto venenoso” sin conocer las fatales consecuencias que le ocasionaría en su salud, la que se deterioró año tras año, hasta dejarlo prácticamente al borde de la muerte.

Sostuvo que la responsabilidad de la demandada se encuentra fundada en las normas del derecho del consumo (Ley de Defensa del Consumidor N°24.240). Que la accionada ha infringido el deber de seguridad impuesto por la aludida norma, pues a pesar de conocer que comercializa un producto altamente dañino para la salud de los particulares y con componentes extremadamente adictivos, lo comercializa en su propio beneficio, poniendo en peligro la integridad de los consumidores. Que ha introducido un producto riesgoso en la sociedad incumpliendo el deber de seguridad y de información, entre otras, vulnerando la regulación tuitiva consumerista.

IV. Agravios.

Se agravia el actor por considerar insuficientes la totalidad de los importes indemnizatorios fijados por el Sr. Juez de grado. Asimismo solicita que se fijen intereses moratorios para el caso de demora en el cumplimiento de la sentencia en el plazo estipulado por el magistrado.

La demandada se agravia del rechazo de la excepción de prescripción opuesta por su parte.

Asimismo se queja de la responsabilidad que se le adjudicó en la sentencia. Alega que su parte lleva a cabo una industria lícita, regulada en todos sus aspectos por el Estado Nacional. Que se ha efectuado una ilegítima aplicación retroactiva de la ley. Que no se probó la existencia de una conducta antijurídica de su parte ni tampoco que exista nexo causal entre su actividad y los daños



padecidos por el actor. Seguidamente aduce que, en todo caso, ha mediado en el caso una conducta voluntaria del actor –al consumir los cigarrillos- que fractura el nexo causal, pues consumió un producto que sabía que era dañino para la salud.

Sin perjuicio de ello sostiene que en la especie no se ha logrado demostrar la relación causal entre la patología padecida por el actor y el consumo de los cigarrillos producidos por la demandada.

V. Efectuaré a continuación y antes de introducirme en el fondo de la cuestión, algunas precisiones sobre las cuestiones planteadas en los agravios.

a) En lo que concierne a los agravios de las recurrentes, cabe traer a la memoria lo sostenido por Podetti -con su proverbial agudeza- al señalar que no puede menos que exigirse a quien intenta que se revise un fallo, que diga porqué esa decisión judicial no lo conforma, poniendo de manifiesto lo que considera errores de hecho o de derecho, omisiones, defectos, vicios o excesos.

Sólo si se procede de tal manera se cumple con los deberes de colaboración y de respeto a la justicia y al adversario, facilitando al Tribunal de Alzada el examen de la sentencia sometida a recurso y al adversario su contestación, así como también limita el ámbito de su reclamo (aut. cit., *Tratado de los Recursos*, Ed. Ediar, pág. 164; ver CNCiv, Sala J, “Dasa, Juan Marcelo c/ Cascardo, Edgardo Jorge y otros. s/ Daños y Perjuicios”, Expte. N° 63.793/2.010, del XX/2012; *idem*, “López; Cecilia y otro c/ Oliva, Walter y otro s/ Ds. y Ps.”, Expte. N° 111.968/2.000, del 20/12/2011; *idem*, “Rosas, Héctor O. c/ Tte. Aut. Plaza S.A. s/ Ds. y Ps.”, Expte. N° 16.947/2.008, del 17/5/2011; *idem*, “Albarenque, Hugo c/ Navarro, Juan s/ Ds. y Ps.”, Expte. N° 76.409/2.007, del 23/02/2010, entre otros).

Criticar es muy distinto a disentir, la crítica debe significar un ataque directo y pertinente a la fundamentación, tratando de





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

demostrar los errores fácticos y jurídicos que ésta pudiere tener. En cambio disentir es meramente exponer que no se está de acuerdo con la sentencia. Para abrir idóneamente la jurisdicción de alzada deben ponerse en tela de juicio las partes del fallo que el apelante considera equivocadas (Conf. Highton-Arean, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo 5, pág.266/267).

Por tanto, no se cumple con las exigencias que impone la ley ritual en su art. 265 cuando se ensayan extensas discrepancias en torno al mérito de la prueba producida y a las conclusiones del pronunciamiento en crisis, sin señalar ni demostrar los errores en que se ha incurrido concreta y puntualmente o las causas por las cuales el pronunciamiento se considera injusto o contrario a derecho, y más aún en autos donde el distinguido sentenciante de grado efectuó un meticuloso análisis y aplicó la normativa adecuada para arribar a una decisión fundada.

No soslayo que la expresión de agravios resulta extensa en cuanto a su exposición, mas ciertamente no resulta generosa en la exhibición de fundamentos críticos para sustentar una tesis que demuestre que el a quo valoró mal la prueba o hizo una errónea aplicación de las normas civiles, pues en general en aquella pieza se formulan aseveraciones más bien de naturaleza dogmática, sin refutar en forma concreta y razonada los motivos en que se basa su disconformidad.

No obstante ello, al solo fin de preservar el derecho de defensa (art. 18 CN), formularé ciertas consideraciones relacionadas con las alegaciones conducentes para decidir este conflicto (C.S.J.N., Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, entre otros)

b) Respecto a la alegada arbitrariedad del decisorio que sostiene la recurrente, sabido es que la tacha de arbitrariedad es improcedente si se funda en una mera discrepancia del recurrente con la apreciación de los hechos y la interpretación de la prueba efectuada



por el juez de grado, toda vez que la procedencia de la impugnación requiere la enunciación concreta de las pruebas omitidas y su pertinencia para alterar la decisión de la causa.

Nuestro máximo Tribunal ha señalado al respecto: “La doctrina de la arbitrariedad reviste carácter excepcional y su aplicación no tiene por objeto corregir en tercera instancia pronunciamientos equivocados o que el recurrente considera como tales, ni cubre las discrepancias planteadas respecto de la valoración y selección de la pruebas efectuadas por el Tribunal de la causa, ni autoriza a suplir el criterio de los jueces en cuestiones que, por su naturaleza le son propias si la sentencia expone argumentos suficientes que bastan para sustentarla” (CS, noviembre 27-1979, “Poblet S.M. c/ Colegio San Fecha de firma: 08/06/2021 José Obrero”, ídem junio 5- 1980, “Knaus, Silverio c/ Kilstein, Leonardo”; ídem junio 24-1980, “Moyano, Juan C.”, ídem julio 22- 1980, “MoisGhami SA” RED. 14, página 893, sum. 416). (CNCiv., Sala “H”, “Lucero SA c/ López Vidal s/ prescripción adquisitiva”. R. 494841, 03/09/2008).

Por otra parte, ha sostenido nuestro Máximo Tribunal que la tacha de arbitrariedad no debe encubrir las discrepancias del apelante en lo referente a la apreciación y selección de la prueba, más cuando es un remedio estrictamente excepcional y de su exclusivo resorte (C.S., mayo 11-976, E.D., 64-407) (conf. CNCiv, Sala J, Expte. N° 67983/2015 “Aguilar Teresa del Valle c/ Coto C.I.C.S.Ay otro s/ daños y perjuicios” del 30/5/2020; íd, Expte.N°13309/2008 “Ortega Maidana Elva Ramona c/ Maldonado Demetrio y otros s/ daños y perjuicios” del 6/8/2020; íd. Expte.66350/2014 “Trasmonte, Sergio Ariel c/Fernandez, Norma Alejandra y otro s/daños y perjuicios”).

Por ello, no encontrando elemento alguno que permita vislumbrar que el pronunciamiento de grado esté dotado de tal





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

arbitrariedad cabe desestimar este reproche (CNCiv, Sala J, id. Expte. 26585/2015 “Bocos, Daniel Edgardo c/ Aleman Díaz, Alejandro y otro s/daños y perjuicios” del 28/6/2010; id.id. Exp. N° 23.710/2010, “Casanovas, César Ignacio y otro c/ Bravo, Mercedes Carmen y otros s/ Daños y perjuicios” del 24/9/2021).

Ello, sin perjuicio de destacar que la contradicción que tacha de arbitraria la recurrente respecto al “supuesto” cambio de criterio del sentenciante de grado, carece de todo asidero, pues se basa en la variación del criterio sustentado, confrontándolo con el adoptado hace muchos años atrás, pero olvida que la sentencia dictada en el presente se enmarca en el cambio de paradigma del derecho privado, que dinámica y gradualmente ha ido penetrando tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, como se analizará en el apartado c).

c) Se trata el presente de un requerimiento enmarcado dentro de las amplias (y aún difusas) fronteras del fenómeno “constitucionalizador” registrado en el Derecho Privado de los últimos años, disciplina que progresivamente se va transformando en terreno fértil para conferir carácter “operativo” a derechos como el alegado, y que, además, se enrola en la problemática de los llamados “paradigmas decisivos” que Ricardo Lorenzetti desarrolla con agudeza en su obra “Razonamiento Judicial. Fundamentos de Derecho Privado” (IDPL - Grijley, Lima, pág. 209 y ss. y 295 y ss.; Conf CNCiv, Sala J, 22/9/2009 Expte. N° 59.049/2000, “Sucesión Kanoore Edul Carlos Nadim c/ Intrusos Caracas 2787/91/97 s/ Desalojo: Intrusos”, entre muchos otros).

El Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26.994, contempla de manera expresa lo tocante a la “temporalidad” de la ley. Es menester interpretar coherentemente lo dispuesto por su artículo 7 sobre la base de la irretroactividad de la ley respecto de las situaciones jurídicas ya constituidas, y el principio de efecto inmediato de la nueva ley sobre las situaciones que acontezcan, o rela-



ciones jurídicas que se creen con posterioridad a su vigencia, así como a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Los hechos ilícitos y los actos jurídicos unilaterales o bilaterales, considerados como “causa fuente” (arts.726 y 727 del Código Civil y Comercial) productora de derecho u obligaciones en las relaciones jurídicas que unen a los sujetos activo y pasivo (acreedor y deudor), se hallan regidos por la ley vigente al momento de producirse el hecho lícito o ilícito, o en el momento de celebrarse el acto jurídico (el contrato), no pudiendo ser alterados o interpretados por leyes posteriores (conf. TARABORRELLI, José N., Aplicación de la ley en el tiempo según el nuevo Código, Rev. La Ley del 3/9/15).

Por ello, corresponde ponderar que en el caso *sub examine* se trata de una relación o situación jurídica que ha quedado constituida con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley resultando, luego, aquélla la aplicable.

No obstante y de conformidad con la doctrina jurisprudencial sentada por nuestro más Alto Tribunal (*in re* “Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART”, del 10/8/2017, Fallos 240:1038) al aplicar el Código de Vélez por razones de “derecho transitorio” (art. 7° del CCyCom.) la interpretación de las normas del referido Código Civil debe realizarse con una armonía plena y total con el régimen del CCyCom., y es en esta inteligencia que corresponde analizar y resolver lo propuesto a este tribunal de Alzada.

Es que, como razona agudamente Ramón Pizarro, lo apuntado resulta plausible al existir una clara continuidad entre las soluciones que permitía el código anterior —interpretadas dinámicamente a la luz de la doctrina y jurisprudencia más reciente— y las que ahora consagra, en algunos casos de manera más explícita y receptiva de ese proceso evolutivo, el nuevo CCyCom. (“El derecho a la reparación integral desde la perspectiva constitucional”, L.L. 23/8/2017)(esta Sala, voto de la Dra. Verón *in re* “Cardenas, Franco c/ Cavaco Brazao, Ariel





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

David y otro s/ daños y perjuicios (acc. tran. con/les.o muerte) (expte. n° 10.273/2014), del 8/2021, entre otros).

Ocurre que el nuevo Código Civil y Comercial es aplicable a las relaciones y situaciones jurídicas futuras; a las existentes a la fecha de su entrada en vigencia, tomándolas en el estado en que se encuentren, y también a las consecuencias no agotadas de las relaciones y situaciones jurídicas constituidas bajo el amparo de la antigua ley. Al ser el daño un presupuesto constitutivo de la responsabilidad (cfr. artículos 1716 y 1737 del Código Civil y Comercial y 1067 del anterior Código Civil), aquellos que dieron origen a este proceso constituyeron, en el mismo instante en que se produjeron, la obligación jurídica de repararlos. Es por ello que, más allá de considerar que en lo atinente a la aplicación temporal del nuevo Código Civil y Comercial ha de seguirse una hermenéutica que no limite su efectiva vigencia, pues como recordaba Vélez en su nota al viejo artículo 4044 –luego derogado por la ley 17.711–, “el interés general de la sociedad exige que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto antes a las antiguas, cuyos defectos van a corregir”, en este caso puntual, debe atenderse a aquella limitación por aplicación del principio consagrado en el artículo 7 del nuevo ordenamiento legal (cfr. CNCiv.Sala B, “Martínez, José Eduardo c/ Varela, Osvaldo, Héctor y otros s/daños y perjuicios”, 6/8/2015)

En esta inteligencia, solo cabe coincidir con quienes afirman que, con Código viejo o nuevo, la interpretación que guíe las decisiones judiciales no puede desconocer la supremacía de la Constitución Nacional, ni los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, no ya porque lo consagre el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 1 y 2, sino porque así lo manda la Constitución Nacional en sus artículos 31 y 75 inciso 22. Tampoco pueden ignorarse los valores que inspiran nuestro



ordenamiento jurídico porque éstos se sintetizan en el mandato de “afianzar la justicia” contenido en el Preámbulo de nuestra Constitución, que no es letra vana (ver voto del Dr. Parrilli en los autos ya citados) (conf.CNCiv.Sala L, expte. n° 93.983/2008 “A, J A c/ D J E y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. sin lesiones)” del 15/9/2019; id. Sala J, 24/9/2021, Exp. N° 23.710/2010, “Casanovas, César Ignacio y otro c/ Bravo, Mercedes Carmen y otros s/ Daños y perjuicios”, del voto del Dr. Maximiliano Caia)

Con este alcance, resultando aplicable la ley 24240 encuadrando la presente en el microsistema consumeril, atenderé las críticas esbozadas por el accionante y en consecuencia valoraré las consecuencias dañosas causalmente derivadas de los hechos bajo estudio.

VI. Adelanto que seguiré a la recurrente en las alegaciones que sean conducentes para decidir este conflicto (conf. CSJN Fallos: 258:304, entre otros) pues recuerdo que como todas las pruebas no tienen el mismo peso, me apoyaré en las que resulten apropiadas para resolver el caso (conf. CSJN, Fallos:274:113) las que produzcan mayor convicción en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa. Se considerarán, entonces, los hechos “jurídicamente relevantes” (Aragoneses Alonso, Pedro, Proceso y Derecho Procesal); o “singularmente trascendentes” (Calamandrei, Piero, La génesis lógica de la sentencia civil).

VII. Excepción de prescripción.

Se agravia la demandada por cuanto el magistrado de primera instancia rechazó la excepción de prescripción opuesta por su parte al responder el traslado de la demanda.

Al efecto alega que el plazo de prescripción que debe regir en la especie es el de dos años establecido por el art. 4037 del Código Civil vigente a la época de los hechos que motivan este juicio y no el plazo de tres años establecido en el art. 50 de la ley de Defensa





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

del Consumidor, la que, según su entender, no resulta aplicable al caso de marras.

Sin perjuicio de ello, afirma que el plazo de prescripción habría comenzado a correr el día en que el actor “debió saber que la adicción le impedía dejar de fumar” y no en la fecha en que padeció el infarto agudo de miocardio, por lo que, de todos modos, aun tomando el plazo de tres años considerado por el sentenciante, la acción se encuentra prescripta. Que si fuese cierto que existió una “adicción” que no le permitió al actor dejar de fumar, debió conocer ello hacía muchos años, tomando como referencia las fechas referidas en la demanda.

Así concluyó en que el Sr. Baldassare estaba en condiciones de iniciar la acción muchos años antes del momento en que ello ocurrió e indicó que la excepción era admisible porque el plazo debía computarse desde que la víctima tiene conocimiento del daño.

En lo atinente al marco jurídico aplicable al caso de autos he de coincidir con lo sostenido en un precedente análogo por la Sala “C” de este fuero, en cuanto a que la responsabilidad que se debate en este proceso ha de ser dilucidada en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor. En el referido fallo, el Tribunal sostuvo: “La doctrina especializada que se ha embebido en el tema resulta plenamente conteste en que quien tiene la costumbre de fumar cigarrillos es en puridad un consumidor”...” Nicolau refiere que resulta plenamente aplicable el régimen de protección y defensa de los consumidores, señalando que las tabacaleras deben cumplir con todas las obligaciones que la ley 24.240 impone a los proveedores y, en especial, con el deber de información previsto en relación a las cosas riesgosas (“*La relación de causalidad entre tabaquismo y deceso del fumador*”, en LL2007 (abril) 258, cita online: AR/DOC/1331/2007). Por su parte, Werlen asevera que no debería discutirse en este estadio de la legislación que el fumador es un consumidor y que la tabacalera



un proveedor en los términos de los arts. 1, 2, 40 y concs. de la ley 24.240 (*“La eventual responsabilidad de las tabacaleras en nuestro país”*, cita online: AR/DOC/3634/2011). Este especial marco tuitivo también ha sido el contemplado en algunos resonantes precedentes extranjeros (*Cámara Quinta de Derecho Privado del Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo, “Vanin, José c/ Souza Cruz S.A.” del 25 de marzo de 1999, en Freire Aurich, Juan Francisco, “Responsabilidad por daños provocados por el consumo de tabaco. Acción del consumidor contra el fabricante de cigarrillos”, en RCyS 2000, 1239, cita online AR/DOC/12156/2001*) “...”Bajo esta óptica, debe tenerse presente que al existir una relación de consumo, deben aplicarse –como enseña Lorenzetti- las normas especiales consumeriles, que se erigieron, en efecto, en un auténtico microsistema con raíz constitucional, con principios propios y hasta derogatorios del derecho privado tradicional (*“Consumidores”, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 32*). Es que si el reclamo es por daños causados por productos elaborados en serie, explica Marquez que las normas del derecho del consumo son las propias a ese ámbito. Pues la responsabilidad civil en el consumo tiene reglas propias –difíciles de extrapolar con carácter general a una relación común- y está presidida por principios peculiares, tales como el de la interpretación favorable al consumidor, el derecho a ser informado en forma adecuada, la protección a la salud e integridad física del consumidor y el deber general de seguridad en la prestación de bienes y servicios (*“Una tendencia consolidada: irresponsabilidad de las tabacaleras; una en evolución: hacia una teoría general de los daños al consumidor. Algunas reflexiones sobre la prescripción y las eximentes en el derecho de consumo”, en RCyS 2008, 433, cita online AR/DOC/877/2008*). Ocurre que las normas basadas en la relación de consumo implican un grado de tutela superior para el consumidor, dada su especial vulnerabilidad frente a la cadena de proveedores. Se





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

verifica en este orden la objetivación de la responsabilidad del proveedor fundada en la necesidad de tutelar la confianza y seguridad de los consumidores, la ampliación de la legitimación activa y pasiva, la unificación de los plazos de prescripción, la preocupación por el afianzamiento del principio de reparación integral y los beneficios probatorios (*Picasso - Vázquez Ferreyra (dir.), "Ley de defensa del Consumidor. Comentada y anotada", Ed. La Ley, T. I, p. 501*) (Conf. CNCiv., Sala "C", septiembre 9/2019, "Q., M. A. y otro c/Nobleza Piccardo SA y otros s/ daños y perjuicios", expte N° 97951/1998).

Ahora bien, el art. 50 de la ley 24240 (texto según ley 26361), vigente al momento del hecho, disponía que "Prescripción. Las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años".

Picasso y Vazquez Ferreyra sostienen al respecto: "Los daños producidos por productos pueden exteriorizarse en el mismo momento en que se produce el hecho dañoso (v.g. corte en la cara por explosión de una botella gaseosa), o diferirse su exteriorización (debido, por lo general, a que los efectos de la nocividad del producto se producen en forma paulatina)-daños de manifestación diferida-. Estas disímiles maneras de exteriorización del daño produjeron un quiebre en la concepción tradicional del cómputo del plazo de prescripción de las acciones por daños. Desde la postura clásica, que postulaba que el plazo comenzaba a correr desde el hecho dañoso, se evolucionó a una conclusión lógica: el plazo de prescripción corre sólo cuando la víctima tuvo conocimiento del daño o pudo razonablemente conocerlo. En este sentido Borda enseña que el plazo comienza a correr desde que el hecho y su autor llegaron a conocimiento de la víctima (principio general), salvo que la ignorancia provenga de una negligencia culpable, asumiendo una posición subjetiva de conocimiento del daño y adoptando un estándar medio de diligencia para lograrlo: la víctima debió tener la razonable



posibilidad de información del perjuicio sufrido” (Conf. Picasso-Vázquez Ferreyra “Ley de Defensa del Consumidor, Comentada y Anotada”, Tomo III, pág. .687, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011 y sus citas.).

Es que el hecho de que el consumidor eventualmente sepa que fumar es perjudicial para la salud no puede generar la conclusión de que conocía los perjuicios puntuales que en su salud causaba la adicción. “Decir perjudicial no es decir adicción e imposibilidad de dejar el vicio que los componentes nocivos del cigarrillo generará en la salud del consumidor... La información brindada al consumidor, aún dentro de las escasas normas impuestas por el Estado, no satisface los requisitos especiales de la ley de consumo, ni siquiera del deber general de información instaurado hoy como regla base de las relaciones jurídicas, derivado lógico del principio de buena fe receptado en el art. 1198 del Código Civil (actuales arts. 9, 961 y 1061 del CCyCN). El productor debe probar que informó correctamente sobre la adicción que el cigarrillo produce y sobre todas y cada una de las enfermedades que el consumo del tabaco puede provocar. Si así no lo hizo, no se puede aseverar que el consumidor tenía conocimiento del daño al cual se veía expuesto o que pudo tener, razonablemente, dicho conocimiento” (Picasso-Vazquez Ferreyra, Op. Cit. Pág. 689).

También se señaló en la obra citada que “el hecho de que el consumidor sepa que el fumar genera adicción, no provoca la presunción de conocimiento de las patologías particulares que el fumar provoca, las que se manifiestan por síntomas propios y no se desarrollan en todos los fumadores”...”Aún suponiendo que se aceptara que quien comienza a fumar conoce o debe conocer que el cigarrillo produce adicción...el plazo de prescripción de los daños particulares y concretos sobre la salud que el fumar provoca sólo





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

comenzarán a correr cuando ellos se exteriorizan” (Picasso- Vazquez Ferreyra, op cit., pág 689 y 691).

En ese entendimiento comparto el criterio esbozado por el distinguido colega de grado en cuanto consideró que en el caso el plazo de prescripción debe computarse desde que el actor padeció el infarto de miocardio el día 6 de marzo de 2013.

En este contexto, debe advertirse que al 6/3/2015 (ver cargo de fs. 5), se produjo la interrupción de la prescripción de la acción con el inicio de las presentes actuaciones.

En esta línea de ideas, si el *dies a quo* fue el 6 de marzo de 2013 frente a la consolidación del daño, si el plazo a aplicar es el de tres años del art. 50 de la ley 24.240, y si la interrupción de la prescripción se verificó el 6 de marzo de 2015, no cabe sino concluir que la excepción de prescripción fue correctamente desestimada.

Consecuentemente propongo confirmar este aspecto del pronunciamiento apelado.

VIII. Responsabilidad.

En la especie se halla fuera de controversia que el actor consumió desde los 13 a los 46 años, los cigarrillos marca “Parissien” fabricados por la sociedad demandada. Tampoco es materia de discusión que en el mes de marzo del año 2013, a los 46 años de edad, el reclamante sufrió un infarto de miocardio, a consecuencia del cual debió ser intervenido quirúrgicamente y se le colocaron dos stent.

El sentenciante de primera instancia tuvo por acreditado que el actor padeció durante el período antes referido, una adicción a los cigarrillos elaborados por la demandada, y que esa condición de fumador contribuyó considerablemente, junto a otros factores predisponentes, a aumentar en un 50% el riesgo de que el actor padezca el infarto agudo de miocardio y los consecuentes daños que de éste derivaron. Consecuentemente admitió la demanda interpuesta



condenando a la accionada a indemnizar al actor los perjuicios cuya reparación se reclama en autos.

En su memorial la demandada alega que lleva adelante una industria lícita, regulada en todos sus aspectos por el Estado Nacional, que no se ha probado que su parte hubiera incurrido en una conducta antijurídica. Por otra parte, aduce que el actor no ha logrado acreditar el nexo causal entre la patología que presentó y el consumo de cigarrillos y que incluso de haberse probado dicha circunstancia, en el caso existió una conducta voluntaria de parte del actor que fracturó el nexo causal, pues consumió un producto que sabía o debía saber que era dañino para su salud.

Seguidamente alega que “aun cuando un factor de riesgo sea asociado con el incremento de posibilidades de contraer cierta enfermedad, esto no significa que dicho factor sea la causa de esa enfermedad”. Que, si bien la perito explicó que fumar es un importante factor de riesgo para la enfermedad coronaria, no es el único ni es suficiente ya que los otros factores de riesgo son también importantes. Que el actor padece obesidad con trastorno metabólico como lo es la insulino resistencia y otros factores de riesgo mencionados en el peritaje médico.

Por su parte, el actor se agravia de que el Sr. Juez de primera instancia haya juzgado que sólo corresponde atribuir al consumo de los cigarrillos producidos por la demandada en un 50% los perjuicios cuya reparación se solicita. Afirma que no existió otro factor de riesgo que pueda generar la patología coronaria sufrida por el Sr. Baldassare ya que éste no padecía obesidad a la época del hecho, como lo refiere el sentenciante sino que se encontraba en buen estado físico.

De modo liminar, cabe recordar que el Preámbulo del Convenio Marco de la para el Control de Tabaco, OMS, adoptado por unanimidad por la 56ª Asamblea Mundial de la Salud en mayo del





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

2003 y vigente desde el 27 de febrero del 2005, establece que “la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública, que requiere la más amplia cooperación internacional posible y la participación de todos los países en una respuesta internacional eficaz, apropiada e integral” y agrega que “la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad, y que las enfermedades relacionadas con el tabaco no aparecen inmediatamente después de que se empieza a fumar o a estar expuesto al humo de tabaco, o a consumir de cualquier otra manera productos de tabaco”.

El impacto del consumo del tabaco en la República Argentina fue estimado en 45000 muertes (14% de todas las muertes), 19000 diagnósticos de cáncer, 33000 neumonías, 11000 accidentes cerebrovasculares y 61000 hospitalizados por enfermedad cardiovascular, y más de 100000 personas que cada año enferman de EPOC (Ministerio de Salud de la Nación. Guía de Práctica Clínica Nacional de Tratamiento de la Adicción al Tabaco 2020, Buenos Aires, Argentina. Ed. 2021, disponible en: https://www.aamr.org.ar/secciones/tabaquismo_epidemiologia/guia_tabaco_2020.pdf ; Sociedad Argentina de Cardiología, <https://www.sac.org.ar/consejos-cientificos/dia-mundial-sin-tabaco/#:~:text=El%20tabaco%20en%20Argentina%2C%20la,%20de%20100.000%20personas%20con%20EPOC>)

Ahora bien, como se señaló y fundamentó en el apartado precedente el caso en estudio debe quedar regido por la letra del art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor.

En este contexto, en lo concerniente a la carga de la prueba, y conforme a la aplicación de las reglas generales, la demostración del defecto o causa generadora, junto al daño y la relación de causalidad, pesan sobre el perjudicado. Sin perjuicio de ello, se señala que la falta



de prueba sobre el defecto del producto no libera automáticamente de responsabilidad a los proveedores, dado que éstos deberán demostrar, para eximirse, la inexistencia del defecto generador de la responsabilidad, la culpa del consumidor o de otra causa ajena. Esta postura se ve abonada por la reforma introducida por la ley 26.361, en su art. 53 –párrafo tercero- (*Picasso- Vázquez Ferreyra (dir.), ob. cit., T. I, p. 523*) (Conf. CNCiv., Sala “C”, septiembre 9/2019, “Quidi, María A. y otro c/Nobleza Piccardo SA y otros s/ daños y perjuicios”, expte N° 97951/1998).

La perito médica designada en autos informó: “De los elementos obrantes en autos, del examen anátomo-clínico-funcional y de los estudios realizados en la persona del actor, se demostró que el mismo presenta secuelas del infarto de miocardio que sufrió el 6 de marzo de 2013. El actor hoy presenta una incapacidad permanente parcial del 15%, según el Baremo General para el Fuero Civil de los Dres. Altube y Rinaldi, que deriva de padecer secuela de infarto único de miocardio anterolateral y lateral asintomático con prueba ergométrica negativa” (fs. 1446).

Seguidamente sostuvo la experta: “la Asociación Americana del Corazón (AHA) habla de siete requisitos que definen la salud cardiovascular ideal: No fumar, tener un peso saludable para la estatura y edad, ser físicamente activo, llevar una dieta saludable, mantener un nivel de colesterol en sangre inferior a 200 mg/dl, tener niveles de presión arterial menores a 120/80 mmHg, mantener la glucosa en sangre en ayunas por debajo de los 100 mg/dl2 (fs. 1446 vta.).

Refirió que los factores de riesgo para el infarto agudo de miocardio en las grandes ciudades son: las condiciones de estrés, el tipo de alimentación, el tabaquismo, el sedentarismo y la obesidad (fs. 1447).





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

A continuación, sostuvo la perito que “el hábito de fumar cigarrillos es factor de riesgo importante para la enfermedad coronaria” y que “los fumadores de cigarrillos tienen de dos a cuatro veces más probabilidades de desarrollar enfermedad coronaria en comparación con las personas que no fuman” (fs. 1448).

Explicó que “el efecto negativo del cigarrillo está directamente relacionado con la cantidad de cigarrillos diarios fumados y la antigüedad del hábito fumador. Además, el riesgo es mayor cuando la edad de comienzo del hábito es anterior a los 15 años”. Que “uno de los principales mecanismos que implican al tabaco en el desarrollo de enfermedades cardiovasculares es su papel como facilitador y promotor del desarrollo de arterioesclerosis. La afectación de las arterias coronarias (las que aportan sangre al miocardio o músculo del corazón) por el tabaco y, en consecuencia, el desarrollo de enfermedades como la angina de pecho o el infarto agudo de miocardio, están igualmente relacionadas con la arterioesclerosis” (fs. 1448).

Asimismo, informó la profesional: “En 1998 el Ministerio de Salud de Estados Unidos clasificó a la nicotina como una sustancia adictiva. Los cigarrillos son sumamente eficientes para suministrar nicotina. Cada vez que inhala, el fumador promedio consume entre 1 y 2 mg de nicotina por cigarrillo. La nicotina llega al cerebro en unos 10 segundos, lo que contribuye a su gran poder de adicción. El cigarrillo y otros derivados del tabaco generan dependencia por un mecanismo similar al de la adicción a drogas como la cocaína y la heroína. La definición de adicción implica entre otros: existencia de tolerancia (se debe ir aumentando la dosis para tener el mismo efecto); síndrome de abstinencia ante su ausencia y el consumo compulsivo de una droga a pesar de conocer las consecuencias negativas que tiene en la salud” (fs. 1449).



Continuó explicando la perito: “Los efectos en la salud cardiovascular aparecen enseguida de empezar a fumar y son también los primeros que se revierten al dejar de fumar. Se estima que por cada 10 cigarrillos que se fuman por día, el riesgo de muerte por enfermedad cardíaca aumenta un 18% en hombres y un 31% en mujeres. Los fumadores de 15 cigarrillos por día tienen el doble de riesgo que los no fumadores de tener un infarto y los que fuman más de 25 cigarrillos por día tienen cuatro veces más riesgo” (fs. 1449 vta.).

Señaló que “en el caso se trata de una persona que además del hábito de fumar es portador de obesidad con un trastorno metabólico, como lo es la insulino resistencia, tiene valores altos de hemoglobina glicosilada, de glucemia en sangre y de HOMA, que sufre un IAM anterolateral; es decir portador de factores de riesgo importantes para la enfermedad coronaria”...”Esta perito no puede descartar que este trastorno metabólico haya estado instalado en el actor antes de sufrir el IAM; de hecho en el diagnóstico de ingreso a la Clínica y Maternidad Suizo Argentina, se describe al actor como ‘paciente con antecedentes de tabaquismo, obesidad; síndrome depresivo en tratamiento. Sin antecedentes coronarios cardiovasculares’” (fs. 1450 vta.).

A la pregunta sobre “si la patología del actor pudo ser ocasionada de la forma en que se relata en la demanda”, la perito respondió “sí”.

A la pregunta sobre “si la patología sufrida por el actor pudo ser ocasionada por el consumo de tabaco durante un tiempo prolongado”, la perito respondió: “Esta perito considera el consumo de tabaco prolongado como un factor de riesgo importante en la patología que el actor sufrió. Son factores de riesgo las condiciones de estrés, el tipo de alimentación, el tabaquismo, el sedentarismo y la obesidad, se puede decir que todos estos son factores de riesgo que





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

están encadenados. De modo que el tabaquismo y sobre todo su hábito durante tiempo prolongado fue un factor de riesgo importante” (fs. 1451vta.).

Al solicitársele la definición de “factor de riesgo” la perito médica refirió: “Por definición de la OMS, un factor de riesgo es cualquier característica o exposición de un individuo que aumente su probabilidad de sufrir una enfermedad o lesión y que tiene la característica de poder ser modificado con una adecuada intervención” (fs. 1453 vta.).

Señaló que “factor de riesgo no significa causa” que “hablar de un factor de riesgo no es hablar de causa sino de probabilidad de lograr efecto sobre la salud cardiovascular”. Que “en una misma persona es dable que concurren múltiples factores de riesgo. El consumo de tabaco, las dietas no saludables, la falta de actividad física, la hipertensión arterial, las dislipemias, las diabetes y la obesidad confluyen en las enfermedades cardiovasculares constituyéndose estas en la primera causa de muerte, discapacidad y mortalidad prematura. Los factores de riesgo con frecuencia se producen en grupos y uno puede ser resultado de otro, por ejemplo, la obesidad puede ocasionar diabetes tipo 2 y presión arterial alta” (fs. 1454).

Asimismo, explicó que “no es posible determinar con certeza, entre los factores de riesgo cuál de ellos es el primer responsable de la enfermedad cardiovascular. Las condiciones de estrés, el tipo de alimentación, el tabaquismo, el sedentarismo y la obesidad constituyen los principales factores de riesgo para la enfermedad cardiovascular y actúan encadenados”...”La realidad de la enfermedad cardiovascular es que se trata de una enfermedad multifactorial, donde el hecho de fumar constituye un factor de riesgo importante para la enfermedad coronaria pero no es el único ni suficiente” (fs. 1454 y 1455).



Más adelante señaló: “Hoy se sabe que los depósitos grasos que se forman en las arterias de los fumadores difieren de los de los no fumadores y parecen ser más vulnerables a la ruptura” (fs. 1455 vta.).

Por su parte, el perito bioquímico designado en autos informó: “En el caso de la nicotina ésta se absorbe rápidamente y llega al cerebro en unos 10 segundos, lo cual explica su alto poder adictivo. Un cigarrillo promedio tiene 1 gramo de nicotina. Estudios recientes muestran que la nicotina que consume un fumador promedio, tanto de cigarrillos comunes como de cigarrillos light, aumentó en un 10% en los últimos seis años, haciendo que sea más difícil dejar de fumar y más fácil hacerse adicto” (fs.1068).

Continuó explicando: “El cigarrillo y muchas de las drogas que se producen luego de su combustión son psicoactivas. La nicotina es la droga principal en la composición del cigarrillo y la más importante para determinar su poder adictivo” ... ”A nivel cerebral una parte de la nicotina se transforma en metabolitos intermedios (como nornicotina) que pueden ser neurotóxicos y actuar sobre los receptores colinérgicos nicotínicos en el SNC (sistema nervioso central). Recientes investigaciones en ratas han demostrado que la nornicotina tiene efectos estimulantes en el aparato locomotor y refuerza los efectos de la nicotina” (fs. 1068).

Expuso el experto que “la adicción es considerada como una enfermedad en la que buscamos el bienestar mediante estímulos externos como lo pueden ser algunas conductas o sustancias químicas. La adicción a las drogas se define como una enfermedad crónica y recurrente del cerebro que se caracteriza por la búsqueda y el consumo compulsivo a pesar de sus consecuencias nocivas. Se considera una enfermedad del cerebro porque las drogas modifican este órgano: su estructura y funcionamiento se ven afectados. Estos cambios pueden ser de larga duración y pueden conducir, en algunas





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

ocasiones a comportamientos peligrosos que se observan en las personas que abusan del consumo de drogas” (fs. 1058/1069).

Informó asimismo: “Los cigarrillos, en las condiciones en las que habitualmente se los consume contienen una gran cantidad de sustancias químicas tóxicas, muchas de las cuales los hacen más adictivos para el consumo y favorecen el inicio del tabaquismo”...”Los productos derivados del tabaco, cigarrillos con mayor frecuencia , han venido incluyendo más aditivos en las últimas décadas. Se añaden sustancias para preservar la humedad y conservantes, así como una gran gama de saborizantes y otros químicos que modifican las propiedades del tabaco y la experiencia de fumar. Algunos de estos aditivos pueden hacer que la adicción al tabaco como una fuente de nicotina que es sea más probable” ...” Los aditivos introducidos a los productos de tabaco, especialmente a los cigarrillos, se utilizan en muchos casos para aumentar su apetencia, especialmente entre las personas más jóvenes” (fs. 1069 y 1071).

Sostuvo el profesional que están descriptas y probadas científicamente una gran cantidad de enfermedades relacionadas con el consumo de tabaco y el tabaquismo. Principalmente de tipo crónico, siendo miles la cantidad de sustancias tóxicas producidas durante la combustión incompleta en la quema del cigarrillo, prácticamente no existe órgano o sistema orgánico en el cuerpo humano que no pueda ser afectado negativamente. El aparato respiratorio, circulatorio y el sistema nervioso son los órganos más impactados aunque están demostrados científicamente efectos dañinos en muchos otros” (fs. 1077).

En cuanto a la prueba testimonial producida en autos, declaró a fs. 904/906 Marcelo R. Payra, quien relató que era amigo del actor y lo conocía desde los 14 años ya que fueron compañeros del colegio secundario. Sostuvo que el Sr. Baldassare comenzó a fumar a los 13 o 14 años y que fumaba, seguro, un paquete por día. Que



“miles de veces” intentaron dejar el cigarrillo pero era imposible. Al ser preguntado sobre cuál era el estado físico del actor, respondió: “El actor es una persona grande, robusta, alto en comparación con el resto de los compañeros, a los trece, catorce años, con el correr del tiempo al ser profesor de gimnasia y practicar deporte yo estaba en el metro 70 y metro 75 calculo que el debería estar, él es más alto que yo, grandote, una persona de masa corporal, como te dije, profesor de educación física, deportista nato”. Cuando se le preguntó cómo era el estado físico del actor al momento de hecho de autos, el testigo respondió: “El estado robusto siempre fue, es”. Al ser preguntado sobre “a que se refiere con robusto” respondió: Yo soy un hombre de una talla media ponele...yo soy un medio, mi amigo es XL, si eso aclara un poco”.

A fs. 988/989 declaró en calidad de testigo Claudio J. Forastiero, quien manifestó que es amigo del actor y que fueron juntos al colegio secundario. Refirió que el actor fumaba desde que se conocieron en primer año de la secundaria y que fumaba dos paquetes diarios. Al ser preguntado sobre si el actor tiene sobrepeso, respondió: “Es una persona grande, musculoso. No puedo decir si posee sobrepeso. No es obeso. Antes tenía más marcado el cuerpo. Ahora está más laxo”. Al ser preguntado sobre cómo era el estado físico y de salud del actor al momento de la operación, refirió: “Yo lo veía bien. No pensaba que pudiera tener ese problema”.

A fs. 1300/1301 Eloy C. Del Santo declaró ser amigo del actor y sostuvo “el fumó toda la vida, lo sé porque soy amigo personal”. Sostuvo que en el colegio secundario empezaron a fumar juntos y que el actor fumaba los cigarrillos de marca Parissien y fumaba al menos un atado por día. Relató: “El día del episodio, yo trabajo en Flores y cuando lo internamos, lo internaron en el Zubizarreta y fui el primero en llegar y hablé con un médico conocido que había hecho el ingreso de él en el momento que él llegó con el





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

infarto” ...” El comentario de uno de los médicos era que con lo que fuma era muy posible, podía ser producto del infarto por la cantidad de cigarrillos que fumaba”. Al ser preguntado sobre si el actor tiene o ha tenido sobrepeso, respondió: “Siempre fue de contextura robusta, muy grandote...sobrepeso no soy médico para definir si tiene”.

El análisis de los elementos de convicción precedentemente reseñados me lleva a considerar, al igual que el distinguido sentenciante de grado, que si bien es cierto que en la especie no se ha determinado que la condición de fumador de los cigarrillos fabricados por la demandada haya sido por sí sola la causa eficiente del infarto de miocardio que sufrió el Sr. Baldassare, los términos del peritaje médico dan cuenta de que sí constituyó un factor de riesgo importantísimo que, concatenado con otros factores de riesgo que afectaban al actor, como la obesidad referida en el peritaje médico, que fue consignada al ingreso del actor en la Clínica y Maternidad Suizo Argentina con motivo de la patología que originó el reclamo en tratamiento. Es decir que, con un alto grado de certeza ha de presumirse que el hábito de fumar los cigarrillos en cuestión, durante muchos años y en grandes cantidades, aumentó considerablemente la posibilidad de que se desarrolle en el actor la enfermedad coronaria aludida, aun cuando también hayan contribuido en gran medida otros factores señalados por la profesional designada en autos.

Es así que cabe concluir que el consumo compulsivo de los cigarrillos producidos por la demandada privó al actor de una chance de no haber sufrido la enfermedad en cuestión, y es este el fundamento del deber de la demandada de responder por ese detrimento sufrido por el reclamante –consistente en esa pérdida de chance o posibilidad- a causa del consumo del producto altamente dañino que produce y comercializa.

Se ha dicho que la noción de relación de consumo determina el ámbito en el cual puede identificarse la actuación de la



obligación de seguridad, de modo que será exigible cuando aquella sea reconocida” ...”El contenido de la obligación de seguridad en el marco de las relaciones de consumo, constriñe al deudor a incorporar al mercado productos y servicios seguros conforme a las exigencias normativas y a las expectativas legítimas del consumidor. En el derecho comparado, la Directiva europea 2001/95 en su art. 2 b) define como producto seguro a cualquiera que ‘en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, incluidas las condiciones de duración, si procede, de puesta en servicio, instalación y de mantenimiento, no presente riesgo alguno o únicamente riesgos mínimos, compatibles con el uso del producto y considerados admisibles dentro del respeto de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas’”...”De lo que se trata es de concretar una garantía de inocuidad de los productos y servicios, o lo que es lo mismo, asegurarle al consumidor que su correcta utilización o consumo, mediante instrucciones y advertencias claras y veraces no lo colocará en riesgo ni le ocasionará daños” (Hernández, Carlos A. y Frustalgi, Sandra A. en Picasso-Vazquez Ferreyra, op. Cit.Tom: I, pag. 77y 79).

En el caso, la empresa demandada se ha manifestado en reiteradas oportunidades reconociendo el carácter altamente dañoso para la salud humana del producto que elabora. Sin perjuicio de ello, insistentemente refiere que la conducta del actor, al optar libremente por consumir los cigarrillos que aquella produce, conociendo su peligrosidad, reviste aptitud para fracturar el nexo casual y deslindar de toda responsabilidad a su parte.

Respecto a esta defensa, cabe traer a colación lo sostenido en la obra antes citada: “Aun si se aceptara que la noción de asunción de riesgos es utilizable, en el derecho del consumo, debe ser analizada con estrictez y siempre bajo la premisa de la mayor protección posible al consumidor. Existe una notable desproporción entre los medios de





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

publicidad utilizados y los recursos disponibles por los consumidores para descifrar la veracidad del mensaje, colocándolo ante una nueva manera de 'necesidad de consumo 'y a la aceptación inconsciente de riesgos innecesarios. En este sentido enseña Nicolau que 'el hecho de la víctima supone una conducta negligente de su parte, porque, conociendo la nocividad del tabaco, fuma igual y en exceso durante un tiempo muy prolongado. A nuestro entender, el eje de la discusión está centrado en la naturaleza jurídica de los actos realizados por una persona adicta, como es el fumador compulsivo. Las consecuencias del tabaquismo excesivo deben imputarse al adicto si sus actos pueden ser calificados como actos voluntarios, es decir, realizados con discernimiento, intención y libertad. Por lo tanto debería pensarse si el adicto no merece igual tratamiento y protección que los subconsumidores, a quienes se considera personas vulnerables por la influencia que en ellos tiene el marketing y la publicidad"...En el caso del tabaco, el consumidor no está suficientemente informado sobre los riesgos que asume al fumar y aun dirigido dolosamente al consumo, por lo que nunca podrán ser consideradas como eximentes la asunción del riesgos o la culpa de la víctima" (Márquez, José H. en Picasso-Vázquez Ferreyra, op. Cit. Pag. 699 y 701).

La resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación en su art. 1° dispone: "Establécese que a los fines de lo previsto en el art. 1° de la Ley N°24.240 se consideran consumidores hipervulnerables a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores".



Todo consumidor hipervulnerable es consumidor, pero no todo consumidor integra el grupo de consumidores hipervulnerables; de allí se entiende la imperiosa necesidad de esta reglamentación. Sí podemos afirmar que ambos comparten el rasgo característico de ser sujetos de derecho débiles, o que necesitan, en un mayor o menor grado, una protección especial. Las normas protectorias al consumidor se fundan en la debilidad que éste presenta frente al prestador de bienes y servicios. Se debe decir que es una vulnerabilidad de índole estructural porque surge del rol que ocupa el consumidor en el mercado, asociada a las fallas e imperfecciones que le son propias a éste: el desequilibrio entre el consumidor y el proveedor. Dicho desequilibrio obedece a esa vulnerabilidad estructural en que se encuentran los consumidores que provoca que las relaciones de consumo sean esencialmente asimétricas, en subordinación, debilidad o vulnerabilidad estructural, debilidad negocial o inferioridad manifiesta y sean, por consiguiente, merecedoras de tutela lega.

La vulnerabilidad como factor determinante de la protección, ha sido vista también como elemento tipificante de la categoría consumidor. Así lo ha resaltado la Corte en varias de sus sentencias, sosteniendo que la protección del artículo 42 CN, comprende a ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos. También el pensamiento jurídico nacional se expresó sobre la construcción del concepto de consumidor, en ese sentido, se pronunciaron las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011), al concluir que "1) La categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino"





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

(CRUZ MATTERI, JUAN IGNACIO Publicación:
<https://www.legister.com>, 20 DE JULIO DE 2020).

Sentado ello, he de compartir el criterio del Sr. Juez de grado en cuanto señaló que no puede afirmarse que una persona que padece una adicción –que según señala el perito bioquímico es deliberadamente provocada por los comercializadores de cigarrillos– pueda ser considerada ni suficientemente informada en los términos de la ley 24.240, ni totalmente libre de dirigir sus acciones en pos de la protección de su salud ya que en éstos casos debe acentuarse el principio protectorio, al decir de la Sala “C”: “...la hipervulnerabilidad será estándar de evaluación en materia de información y seguridad, como así también al analizar la publicidad y otras prácticas comerciales” (ver caso CNCiv, Sala C, “Q.” antes citado). Es decir, que se descarta la asunción de riesgos cuando, al hallarse probada la adicción y dependencia, queda anulada la facultad volitiva del consumidor.

El plexo probatorio antes reseñado conduce a recordar que aun cuando la carga de la prueba recaiga sobre el actor no implica ello que él deba aportar prueba directa del hecho, sino que puede también recurrir a la prueba indiciaria, a través de la cual el juez puede elaborar una presunción a partir de indicios serios graves y concordantes (art. 165 CPCCN) (Herrera- Picasso- Caramelo, “Código Civil y Comercial Comentado...”, Infojus, TIV, comentario Art. 1734)

En este aspecto, cabe agregar que la presunción como medio de convicción consiste en recoger o interpretar una serie de hechos, hitos y circunstancias o indicios que aisladamente carecen de sentido final, pero que unidos por simientes lógicas permiten llegar a determinadas conclusiones por la fuerza de convicción que establecen las secuencias razonadas y ligadas inescindiblemente.

Este tipo de razonamientos no aspira a demostrar la verdad de sus conclusiones como derivación necesaria de sus premisas,



sino solamente afirman la probabilidad, o sea que probablemente son verdaderos (ver Falcón, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tomo II, p. 145, y nota n16).

Y es en este esquema que no solo son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño, sino que se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (art. 1726 CCyCN, art. 901 y cons. Código Civil derogado), siendo éstas últimas las que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto (art. 1727 CCyCN).

El art 5 de la ley 24240 establece expresamente que “Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”

Este deber de seguridad impuesto por la Ley de Defensa del Consumidor se encuentra claramente vulnerado en el caso de autos pues la demandada lucra, poniendo en el mercado un producto que resulta dañino para la integridad física de las personas, conforme surge de los peritajes producidos en autos. No basta al efecto la mera advertencia de que resulta perjudicial para la salud, mucho menos cuando es la actividad de la propia demandada la que genera la adicción con la fórmula utilizada (art. 1757 CCyCN su doctrina y argumento), tampoco constituye una eximente el hecho de que se trate de una actividad lícita y/o autorizada pues rige en el caso -y más en materia de derechos del consumidor- el principio “*alterum non laedere*” de raigambre constitucional (arts. 1094, 1097 y 1757 in fine del CCyCN)

Resulta evidente y palmario que el fabricante viola el deber de información que debería ser mucho más detallada en cuanto a su





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

composición y a los riesgos concretos -y no genéricos y abstractos- que acarrea su consumo.

Respecto del deber de seguridad incumplido, memoro lo expuesto por el distinguido Magistrado de la Sala “C” de esta Excma. Cámara Civil en su anterior composición Dr. Luis Álvarez Julia, como vocal preopinante, en autos “Gómez Graciela Noemí c/ Márquez Gloria Nerina y otros s/ daños y Perjuicios” del 25 de marzo de 2014 (Expte. N° 46.692/2009): “algunos juristas han formulado desde antaño acerca de la posibilidad de adscribir efectos causales a los actos omisivos, partiendo del viejo adagio *ex nihilo nihil fit*, y ponderando un sinsentido conceptual sostener que un resultado positivo pueda haber sido causado, en el sentido de las ciencias de la naturaleza, por un no hacer (véase sobre el tema: Prevot, Juan Manuel, “¿Hay causalidad en la omisión?”, RCyS 2006, 164). Sin embargo, el propio marco legal obligacional supera ese escollo y permite colegir que no hay diversidad estructural entre ambos supuestos, siendo que el confornte mental para indagar si una omisión es causa adecuada de un resultado final será idéntico, sólo que la indagación será doblemente hipotética; ya que en la primera se parte de una premisa mayor constituida por un dato real, lo que no sucede en la segunda. Sucede que, como lo enseñaba el maestro Llambías, el derecho no es la física de las acciones, con lo cual, para atribuir la autoría del evento dañoso a un sujeto en base a un criterio de imputación normativo, no es decisivo que se trate de causalidad real o de contacto, ya que para el derecho el hacer o el omitir una acción esperada, son causas funcionalmente equivalentes.”

Es así que la relación causal no existe sólo cuando medió un acto positivo del fabricante -poner en el mercado un producto nocivo para la salud-, sino también cuando hubo una omisión de su parte en la preservación de la integridad física y la vida del consumidor pues tampoco ha adoptado recaudos para que su producto -aquel con el que



lucra en el mercado- no produzca daños a quien lo consume, sea mediante el cambio de fórmula (como ha pasado con otros tantos productos a lo largo del tiempo, o mediante la fabricación de otros productos que sustituyan a los que resultan altamente riesgosos para la salud).

En el caso concreto de autos se ha quitado al accionante – mediante la oferta del producto cuya fórmula es adictiva y dañosa- la posibilidad de otorgarle una chance, una ocasión, una posibilidad de preservar su salud indemne de factores de riesgo y es eso lo que se debe reparar.

Atento a ello, reiterando lo expuesto ut supra en cuanto a que en la especie se ha acreditado que el consumo de los cigarrillos elaborados por la demandada, resultó ser un factor que, con un alto grado de certeza, ha contribuido junto con otros condicionantes, a que el actor padezca un infarto de miocardio, con las consecuencias dañosas que de ello se derivaron, corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto admitió la demanda, aclarando que en el caso lo que debe indemnizarse es la chance de no haber padecido la enfermedad coronaria referida, de la que se vio privado el actor a causa de su condición de fumador de los cigarrillos aludidos.

Por ello, por las razones expuestas, atento la existencia de otros factores de riesgo que pueden considerarse concausales, propongo desestimar los agravios al respecto y confirmar la atribución de causalidad efectuada por el magistrado de la instancia anterior.

IX. Rubros indemnizatorios.

A) Incapacidad psicofísica sobreviniente.

El Sr. Juez de primera instancia otorgó por esta partida la cantidad de pesos setecientos cincuenta mil (\$750.000), la que en orden al porcentaje de responsabilidad atribuida a la demandada fijó en la cantidad de pesos trescientos setenta y cinco mil. El actor se





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

queja por considerarlo exiguo, mientras que la demandada solicita su rechazo.

La protección a la integridad de las personas y el derecho a la reparación integral se encuentra respaldada en tratados internacionales que integran el sistema constitucional en función del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, entre las cuales podemos citar al art. 21 p. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al expresar que ninguna persona puede ser privada de sus bienes excepto mediante el pago de indemnización justa. Asimismo, el art. 5 del mismo cuerpo normativo, de jerarquía constitucional, ampara el derecho a la integridad personal al expresar que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad, física, psíquica y moral (Bidart Campos, “Manual de la Constitución Reformada” tº II, pág. 110, Ed. Ediar) En este contexto convencional, el derecho al resarcimiento y a la reparación del daño también se encuentra incluido entre los derechos implícitos (art. 33 CN) especialmente si se tiene en cuenta que otras normas como el art. 17 y el 41 CN refieren casos específicos (C.N.Civ., Sala L, 15/10/2009, “L., S. y otro c. Hospital Británico y otro s/daños y perjuicios”, E. D. 09/02/2010, Nº 12.439, Ídem , Sala “J”, 10/8/2010 Expte. Nº 69.941/2005 “Gutiérrez, Luis Alfredo y otro c/ Luciani, Daniela Cyntia y otros s/ daños y perjuicios”).

Estos principios fueron receptados en el nuevo ordenamiento sobre la base de la doctrina y jurisprudencia ya elaboradas y teniendo en mira, precisamente, la incorporación de las normas de rango constitucional y convencional.

Así, el art. 1737 da una definición genérica y abarcativa del concepto de daño: hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

En particular, el art. 1738 determina que la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la vícti-



ma, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Específicamente en relación con el principio de resarcimiento integral, el art. 1740 Cod. Civ. y Com. establece que la reparación del daño debe ser plena, restituyendo la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.

La incapacidad sobreviniente está representada por las secuelas o disminución física o psíquica que queda luego de completado el período de recuperación o restablecimiento; produciéndose entonces para la misma un quebranto patrimonial indirecto, derivado de las limitaciones que presenta al reanudar sus actividades habituales y al establecerse su imposibilidad -total o parcial- de asumirlas y cumplirlas adecuadamente. La incapacidad económica -o laborativa- sobreviniente se refiere a una merma de aptitudes que sufre el individuo para obtener lucros futuros, sea en las tareas que habitualmente suele desempeñar o en otras, es decir, una chance frustrada de percepción de ganancias..." (Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J.; "Tratado de la responsabilidad civil", La Ley, Bs. As., 2006, vol. "Cuantificación del Daño", p. 231 y ss.).

Tal el criterio de nuestra Corte Suprema, que ha sostenido que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, además de aquella actividad económica, diversos aspectos de la perso-





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

nalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (C.S.J.N. Fallos: 308:1109; 312:2412; 315:2834; 318:1715; Ídem., 08/04/2008, “Arostegui Pablo Martín c. Peluso y Compañía”, L. L. 2008- C, 247).

En relación al daño psíquico no constituye un daño autónomo, sino un aspecto a considerar dentro del rubro incapacidad sobreviniente, pues configura una disminución de aptitudes con repercusión en el patrimonio y la vida de relación del damnificado (Conf. CNCiv. Sala “J”, 19/4/2021 Expte N° 52884/2014, “Sassi, Noel Humberto c/ Club Atlético River Plate y otros s/ Daños y Perjuicios”; Ídem, 30/8/2021, Expte N° 91711/2017 “Bravo Rubén Ariel c/Viruel Cristian Fabián y otro s/ daños y perjuicios”; Ídem id, 25/10/2021, Expte N° 14701/2016 “Latorre Yapó Erik Ernesto c/ Mosconi Elisabet Josefina s/ daños y perjuicios”; entre otros).

Atento que, en síntesis, la incapacidad indemnizable es tributaria de la cronicidad, en tanto que el sufrimiento psíquico normal (no incapacitante), que no ha ocasionado un desmedro de las aptitudes mentales previas, si es detectado e informado por el perito, es uno de los elementos que el juez podrá incluir en el ámbito del daño moral (Conf. CNCiv., Sala “J”, 19/4/2021, Expte N° 58884/2014, “Sassi, Noel Humberto c/ Club Atlético River Plate y otros s/ Daños y Perjuicios”; Idem, 3/5/2021 Expte N° 89109/2013, “Cardozo Hilda Nélide c/ Ferrovías S.A.C. s/ Daños y Perjuicios”; ídem id, 3/9/2021, Expte N° 2215/2010 “González Sebastián Eduardo c/ Dodds Hernán Darío s/ daños y Perjuicios”; entre muchos otros).

Cabe recordar que Nuestro Máximo Tribunal ha señalado que, aunque los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos constituyen un elemento importante a considerar, no conforman una pauta estricta que el juzgador deba seguir inevitablemente, ya que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las demás consecuencias que afectan a la víctima. (C.S.J.N., Fallos:



310:1826; Ídem., 11/06/2003, “Cebollero, Antonio Rafael y otros c/ Córdoba, Provincia de”, Fallos: 326:1910).

Es decir que, para establecer el quantum de la indemnización por incapacidad sobreviniente, debe considerarse la incidencia del hecho dañoso, cualquiera sea su naturaleza, en relación con todos los aspectos de la personalidad de la víctima, tanto en lo laboral como en lo social, en lo psíquico como en lo físico.

A los fines de establecer el monto que debe resarcirse por este concepto, deben tenerse en cuenta las condiciones personales de la víctima, así como las familiares y socio-económicas, sin que el grado de incapacidad comprobado científicamente por el perito médico traduzca, matemáticamente, una cierta cuantía indemnizatoria. Sólo constituye un parámetro de aproximación económica que debe ser conjugado con las múltiples circunstancias vitales que contribuyen a definir razonablemente el monto de la reparación (Conf. Sala “J”, 1/3/2021 Expte N° 14845/15 “Albornoz Hernán Carlos c/ Transportes Lope de Vega SA s/Daños y Perjuicios”; Idem, 20/4/2021, Expte N° 15470/2016 “Ale Pezo Aurelia Concepción/ Sosa Pablo y otros s/ daños y Perjuicios”; Ídem id, 13/8/2021, Expte. N° 70.112/2018, “Quiroga Mendiri, María Lidia c/ Luchetti, Liliana Mónica y otros s/ Daños y Perjuicios”; entre otros).

En el mismo sentido, he sostenido que deben ponderarse las limitaciones que el damnificado padece en su desempeño laboral y social, teniendo en cuenta circunstancias particulares como su edad, condiciones socio-económicas, actividad laboral anterior, incidencia real de las lesiones en su actividad actual, etc. Por ende, lo que realmente resulta de vital importancia es el modo en que las secuelas afectan a la víctima para desarrollar los diversos actos de la vida cotidiana, considerando tanto la faz laboral como la vida de relación del individuo, ya que la “indemnización en sede civil tiende a la integralidad” (SCJM. 9/8/2010, “Leiva Rubén Darío en J° 81.963/31.663 Lei-





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

va Rubén D. C/ Monte-Negro Martínez Miguel Ángel P/ D. y P. S/ INC.").

La perito médica informó que actualmente el actor “presenta una incapacidad permanente parcial del 15%, según el Baremo General para el Fuero Civil de los Dres. Altube y Rinaldi, que deriva de padecer secuela de infarto único de miocardio anterolateral y lateral asintomático con prueba ergométrica negativa” (fs. 1446).

El perito médico psiquiatra informó que el actor padeció “un Trastorno de Estrés Postraumático” tres meses luego del infarto de miocardio y que “padeció un Síndrome de dependencia a una sustancia psicoactiva como el tabaco (a partir de la nicotina) (fs. 14321).

Seguidamente refirió la profesional: “El actor padece de una incapacidad laboral (de su actividad profesional como profesor de gimnasia) permanente debido a una tóxicofilia con un cuadro de depresión neurótica reactiva y le corresponde un 45% de incapacidad permanente. (2.6.9) del Baremo de los Dres. M. Castex y Silva. Debe realizar tratamiento psicoterapéutico durante tres años sin la indicación de psicofármacos a razón de una sesión semanal” (fs.1433).

La circunstancia de que el dictamen no tenga carácter de prueba legal no importa que quien juzga pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del idóneo, por lo que la desestimación de las conclusiones a las que arribara ha de ser razonable y motivada, siendo imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o inadecuado uso que el experto hubiera hecho de sus conocimientos científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado. (Conf. C. N. Civ., Sala “J”, 06/07/2010, Expte. 93261/2007, “Godoy Muñoz, Pedro c/ Villegas, Víctor Hugo y otros s/ daños y perjuicios”; Idem., 23/6/2010, Expte. N° 59.366/2004 “Berdier, Tristán Marcelo c/ Snitovskiy, Luis y otro s/ daños y perjuicios”; Idem. Id., Expte N° 30165/2007, “Ybalo Oscar Rolando c/ La Primera de Grand Bourg



S.A. Línea 440 s/ Daños y Perjuicios”; Id id, 16/12/2020, Expte N° 24788/2018 "Costilla Ramón Honorario y otro c/ Ruiz Sebastián s/ daños y perjuicios”; Id id, 10/3/2021 Expte N°14.142/2018, “Aquino Saldivia Adriana Andrea c/ Gómez Ariel Alberto y otro s/ daños y perjuicios”; entre otros muchos).

Nuestro Máximo Tribunal ha señalado que, aunque los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos constituyen un elemento importante a considerar, no conforman una pauta estricta que el juzgador deba seguir inevitablemente, ya que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las demás consecuencias que afectan a la víctima. (C.S.J.N., Fallos: 310:1826; Ídem., 11/06/2003, “Cebollero, Antonio Rafael y otros c/ Córdoba, Provincia de”, Fallos: 326:1910).

Es decir que, para establecer el quantum de la indemnización por incapacidad sobreviniente, debe considerarse la incidencia del hecho dañoso, cualquiera sea su naturaleza, en relación con todos los aspectos de la personalidad de la víctima, tanto en lo laboral como en lo social, en lo psíquico como en lo físico.

A los fines de establecer el monto que debe resarcirse por este concepto, deben tenerse en cuenta las condiciones personales de la víctima, así como las familiares y socio-económicas, sin que el grado de incapacidad comprobado científicamente por el perito médico, traduzca, matemáticamente, una cierta cuantía indemnizatoria. Sólo constituye un parámetro de aproximación económica que debe ser conjugado con las múltiples circunstancias vitales que contribuyen a definir razonablemente el monto de la reparación.

Por ende, lo que realmente resulta de vital importancia es el modo en que las secuelas afectan a la víctima para desarrollar los diversos actos de la vida cotidiana, considerando tanto la faz laboral como la vida de relación del individuo, ya que la “indemnización en





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

sede civil tiende a la integralidad" (SCJM. 9/8/2010, "Leiva Rubén Darío en J° 81.963/31.663 Leiva Rubén D. C/ Monte-Negro Martínez Miguel Ángel P/ D. y P. S/ INC.").

Es pertinente recordar, tal como lo sostuviera mi distinguido colega de la Sala "J", el Dr. Maximiliano L. Caia en su reciente voto como vocal preopinante en autos "C., C. I. y otro c/ B., M. C. y otros s/Daños y perjuicios", el derecho que tiene toda persona a una reparación integral de los daños sufridos. Este principio basal del sistema de reparación civil encuentra su fundamento en la Constitución Nacional y está expresamente reconocido por el plexo convencional incorporado al artículo 75, inciso 22, de la Ley Fundamental (conf. artículos I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4°, Buenos Aires, 2 de Septiembre de 2021 - 2 - 5° y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado, noción que comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades (conf. Fallos: 340:1038 "Ontiveros" y sus citas). Dicha reparación integral no se logra si el resarcimiento que se admite como modo de reparar los daños ocasionados se concreta en valores económicos insignificantes en relación con la entidad del daño que pretende resarcirse (conf. Fallos: 314:729, considerando 4°; 316:1949, considerando 4°, y 340:1038; entre otros).

En esa línea de razonamiento, la Corte Suprema en el marco de una demanda laboral por daños deducida con sustento en las normas del Código Civil ha enfatizado que "resulta inconcebible que una indemnización civil que debe ser integral, ni siquiera alcance a las prestaciones mínimas que el sistema especial de reparación de los ac-



cidentes laborales asegura a todo trabajador con independencia de su nivel de ingreso salarial” (conf. Fallos: 340:1038 “Ontiveros”), así como también ha admitido que, más allá de que -como norma- no quepa en supuestos como los examinados recurrir a criterios matemáticos ni aplicar las fórmulas utilizadas por la ley de accidentes de trabajo, estos últimos pueden constituir una pauta genérica de referencia que no debe ser desatendida por quienes tienen a su cargo la tarea de cuantificar los daños (conf. arg. Fallos: 327:2722 y 331:570).

La consideración de criterios objetivos para determinar la suma indemnizatoria en cada caso no importa desconocer la facultad propia de los magistrados de adecuar el monto de la reparación a las circunstancias y condiciones personales del damnificado habida cuenta el margen de valoración de que aquellos gozan en la materia (artículo 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), sino recurrir a pautas meramente orientadoras que permitan arribar a una solución que concilie de la mejor manera posible los intereses en juego y evite –o cuando menos minimice- valoraciones sumamente dispares respecto de un mismo daño sin motivos razonables y/o de entidad que lo justifiquen. Ello máxime cuando, como en el caso, la ponderación cuestionada por insuficiente atañe al daño material.

En función de las consideraciones señaladas, ponderadas a la luz del prisma del derecho a una reparación integral, el cimero Tribunal entiende que resulta ineludible que, al tiempo de determinar el monto indemnizatorio por incapacidad sobreviniente y valor vida, los magistrados intervinientes tengan en cuenta como pauta orientadora las sumas indemnizatorias que establece el régimen de reparación de riesgos del trabajo para esos mismos rubros, lo que coadyuvará a arribar a una decisión que -más allá de las particularidades propias de cada régimen indemnizatorio- no desatienda la necesaria armonía que debe regir en el ordenamiento jurídico cuando no se evidencian razones de entidad para un proceder





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

diferente. Ello, pues no resulta razonable que -como se advierte en el caso- a un trabajador en relación de dependencia se le otorgue protección mayor que a cualquier otro habitante cuando lo que se intenta resarcir de manera integral es el mismo concepto. Esta diferenciación, sin otro fundamento más que la condición señalada, conduce a vulnerar el derecho de igualdad ante la ley previsto por el artículo 16 de la Constitución Nacional. Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa (conf. CSJN. “Grippe, Guillermo Oscar; Claudia P. Acuña y otros c/ Campos, Enrique Oscar y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)”, del 2/9/2021; Conf CNCiv. Sala “J”, 24/9/2021, Exp. N° 23.710/2010, “Casanovas, César Ignacio y otro c/ Bravo, Mercedes Carmen y otros s/ Daños y perjuicios”; Ídem, 19/10/2021, Expte N° 95.490/2017 “Tula, Germán Andrés y otro c/ Gorordo, Jorge Sebastián y otro s/ daños y perjuicios” Ídem id, 25/10/2021, Expte N° 14701/2016 “Latorre Yapo Erik Ernesto c/ Mosconi Elisabet Josefina s/ daños y perjuicios”; Id id, 28/12/2021, Expte. Nro. 45597/2014 “Montone Miguel Ángel y otro c/ Monte Grande SA Empresa SA/ daños y perjuicios”)

El porcentaje de incapacidad laboral no es una pauta determinante que el juzgador deba inevitablemente seguir para mensurar y resarcir el daño a la integridad psicofísica, cuando se demanda de acuerdo con el derecho civil. Como lo destaca el juez Lorenzetti en su voto (considerando catorce), si bien el porcentaje de incapacidad laboral es una pauta genérica de referencia, el juzgador debe también valorar las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere a dicha tarea un marco de valoración más amplio (Fallos: 308:1109; 312:2412; 322:2658; 326:847; 327:2722 y 329:4944). Ello es consecuencia, asimismo, de las diferencias que existen entre el régimen indemnizatorio civil y el sistema especial de reparación de los accidentes laborales



(doctrina de Fallos: 305:2244 y 330:1751, disidencia del juez Lorenzetti, considerando octavo; ver también voto del juez Rosenkrantz en fallo citado).

Con ese alcance, cabe utilizar como criterio para cuantificar el daño causado el de reconocer un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades (cfr. art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación; CNCiv. Sala B “Leguizamón, Elsa Isabel c/ Cima, Daniel s / daños y perjuicios” del 14-4-2016, entre muchos otros).

Al ser ello así, tomando como pauta orientadora las disposiciones establecidas para compensar las incapacidades permanentes de los trabajadores de conformidad con lo informado por el “Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social – Superintendencia de Riesgos del Trabajo en <https://www.argentina.gob.ar/srt/art/pagos-art/incapacidad-laboralpermanente-50>; lo normado por la leyes 24.557 y 26.773, ponderando los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos, recordando que, como se explicó en el apartado precedente, lo que se debe indemnizar es una chance o posibilidad de que el actor no hubiera padecido la patología en cuestión, la edad que tenía a la fecha del hecho (46 años), y el salario mínimo vital y móvil establecido conforme Resolución 11/2021 del “Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social” (B.O.27/9/2021), entiendo prudente y razonado proponer al Acuerdo confirmar el importe fijado por este rubro.

b) Gastos futuros.

El Sr. Juez de grado otorgó por esta partida los importes de pesos cien mil (\$100.000) por tratamiento psicoterapéutico y el de pesos cincuenta y un mil novecientos cincuenta y tres con sesenta





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

centavos (\$51.953, 60) por tratamientos médicos futuros, los que en razón del porcentaje de responsabilidad que atribuyó a la demandada adecuó a la cantidad de pesos cincuenta mil (\$50.000) y pesos veinticinco mil novecientos setenta y seis con sesenta centavos (\$25.976,80). El actor se queja por considerarlos insuficientes, mientras que la demandada solicita su rechazo.

Respecto a los tratamientos médicos futuros que debería realizar el actor, la perito médica informó: “Los montos actualizados a un valor actual de mercado, resultan en un total anual de \$51.953, 60” (fs. 1453, pto.25).

Asimismo el perito médico psiquiatra refirió: Debe realizar tratamiento psicoterapéutico durante tres años sin la indicación de psicofármacos a razón de una sesión semanal. Su costo aproximado total a valores actuales es de \$ 100.000” (sic) (ver fs. 1433, pto. 2).

Cuando el perito determina que el trastorno mental que presenta un examinado amerita un tratamiento por especialistas, indicándolo al juez, el damnificado puede percibir ese monto, como un rubro más del resarcimiento, incluso en el caso de que decida no hacer ningún tratamiento y cargar con el peso de su malestar. Así lo viene sosteniendo nuestra Corte Suprema, al señalar: “en cuanto al tratamiento psicológico aconsejado..., se trata de un gasto que debe ser indemnizado, por cuanto supone erogaciones futuras que constituyen un daño cierto indemnizable (art. 1067 del Código Civil)” (C.S.J.N., 28/05/2002, “Vergnano de Rodríguez, Susana Beatriz c/Buenos Aires, Provincia de y otro”, Fallos 325:1277).

El tratamiento psicológico constituye un rubro autónomo e independiente de la incapacidad pues tiene por finalidad afrontar las necesidades psicológicas derivadas de la incapacidad detectada y es indispensable para atemperar el daño ya causado y/o evitar su agravamiento.



La frecuencia y duración siempre serán estimativas, y también tendrán el sentido de una orientación para el juez. Está claro que nadie puede predecir con certeza cuándo se curará una persona, o cuándo la mejoría que ha obtenido ya es suficiente.

Lo científico llega hasta el momento de establecer que, por la patología que el perito ha detectado, la persona necesita o puede beneficiarse con un tratamiento. A partir de ese momento, se pone en juego un criterio de apreciación, tanto para la distribución de los porcentajes, como para la duración y costos de tratamiento. No es una mera conjetura, porque hay elementos clínicos que la convalidan, pero tampoco es una opinión científicamente demostrable (Conf. Risso, Ricardo E. “Daño Psíquico - Delimitación y diagnóstico. Fundamento teórico y clínico del dictamen pericial”, E. D. 188-985)

Por ende, es imprescindible la prudente estimación del juez para cuantificar este rubro, destinado a afrontar un tratamiento que ayude al damnificado a sobrellevar las secuelas del accidente y su incidencia en los distintos ámbitos de su vida, personal, laboral, familiar y social. (Conf. CNCiv. esta Sala, 16/12/2020, Expte N° 24788/2018 "Costilla Ramón Honorario y otro c/ Ruiz Sebastián s/ daños y perjuicios"; Ídem id, 6/5/2021 Expte 39.475/2014 “Pallero, Patricia Alejandra c/Corredores Ferroviarios S.A. Línea San Martín y otro s/ daños y perjuicios”; ídem id, 14/6/2021, Expte N° 63066/2015“PascaleAngely otros c/ Olivi Juan José y otros s/ daños y Perjuicios”; ídem id, 25/10/2021, Expte N° 79.109/2014 “Vecchia Diego Joaquín c/ Barua Rodolfo Andrés y otros s/ daños y perjuicios”; Id id; 29/3/2022 Expte N° 54875/2018, “Pisani Bárbara c/ Soto Falcón Gustavo Alejandro y otros s/ daños y Perjuicios”; entre otros muchos).

Por su propia naturaleza este gasto debe ser especialmente resarcido para garantizar la libre elección del facultativo que los





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

realice, ya que es menester que exista una afinidad entre el paciente y el profesional interviniente.

Al hallarse recomendados por los peritos los tratamientos en cuestión, teniendo en cuenta la extensión y frecuencia del tratamiento psicoterapéutico aconsejado y las características particulares del caso, ponderando asimismo que lo que indemniza en el caso en la pérdida de una chance, como se explicó anteriormente, propongo al Acuerdo confirmar este aspecto de la sentencia apelada .

C) Gastos médicos, farmacéuticos y de movilidad:

El magistrado de primera instancia otorgó el importe de pesos cuarenta mil (\$40.000) por gastos médicos y farmacéuticos y el importe de pesos cinco mil (\$5.000) por gastos de traslados, los que en orden al porcentaje de responsabilidad asignado en autos adecuó a la cantidad de pesos veinte mil (\$20.000) y dos mil quinientos (\$2500) respectivamente. El actor se agravia por considerarlos exiguos y la demandada solicita su rechazo.

Para que proceda la reparación de este tipo de daños no es necesaria la existencia de prueba fehaciente, sino que en atención a la entidad de las lesiones se puede presumir su extensión, mas ante la falta de prueba acabada, la estimación debe hacerse con suma cautela, máxime cuando la víctima recurrió a los servicios de instituciones públicas, como ocurre en la especie, sin olvidarnos igualmente que ninguna obra social ni institución pública cubre por completo estos gastos (Conf. CNCiv, Sala “J” 20/4/2021 Expte N° 15470/2016 “Ale Pezo Aurelia Concepción c/ Sosa, Pablo y otros s/ daños y perjuicios”)

En relación a ello también se expidió nuestro Máximo Tribunal, “Atento a la necesidad de salvaguardar el principio de la reparación integral del daño causado, debe integrar el resarcimiento, aunque no hayan sido materia de prueba, los gastos médicos y de far-



macia que guarden razonable proporción con la naturaleza de las lesiones sufridas por el actor” (C.S.J.N. Fallos 288:139).

Sin perjuicio de ello, la presunción es susceptible de rebatirse por prueba en contrario, la que deberá producir quien alega la improcedencia del reclamo (si el recurrente es el demandado) o pretende una suma superior a la fijada por el sentenciante en uso de las facultades que le otorga el art.165 del Cód. Procesal, cuando se trata del accionante (Conf. C. N. Civ. Sala “J”, 21/8/2020 Expte N° 75.122/2014 “Alustiza, Eduardo Luis c/ Marquez, Guillermo Nicolás s/ daños y perjuicios”; Ídem, 14/9/2020, Expte N° 48.250/201 “Garanton, Alberto Daniel c/ González, Jorge Alberto y otros s/ daños y perjuicios”; ídem id, 14/12/2021, Expte N° 59625/2017 "Díaz, Sergio German c/Malet, Eduardo Ariel y otros/daños y perjuicios”; entre otros muchos).

En virtud de ello, en ausencia de prueba idónea que acredite este rubro, dentro del marco de los presentes actuados, recordando que se trata de indemnizar la pérdida de una chance, propongo al Acuerdo confirmar este aspecto de la sentencia apelada.

D) Consecuencias no patrimoniales.

El Sr. Juez de primera instancia fijó por esta partida el importe de pesos trescientos setenta y cinco mil (\$375.000), el que en orden al porcentaje de responsabilidad asignado en autos adecuó a la cantidad de pesos ciento ochenta y cinco mil quinientos (\$185.500). El actor se agravia por considerarlo exiguo, mientras que la demandada solicita su desestimación.

Desde una concepción sistémica -en donde la Constitución constituye el vértice o núcleo- el Derecho tutela intereses trascendentes de la persona, además de los estrictamente patrimoniales. (Tobías, José W, “Hacia un replanteo del concepto (o el contenido) del daño moral” L. L. 1993-E, 1227 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 33).





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

Este instituto se aplica cuando se lesionan los sentimientos o afecciones legítimas de una persona que se traducen en un concreto perjuicio ocasionado por un evento dañoso. Dicho en otros términos, cuando se perturba de una manera u otra la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado, sea en el ámbito privado, o en el desempeño de sus actividades comerciales.

Con atinado criterio se ha expresado que el daño patrimonial afecta lo que el sujeto tiene, en cambio, el daño moral lesiona lo que el sujeto “es” (Matilde Zavala de González, “Resarcimiento de Daños”, Presupuestos y Funciones del Derecho de Daños, t. 4, págs. 103, 1143 y “El concepto de daño moral”, JA del 6-2-85; C. N. Civ., Sala “J”, 1/10/2020 Expte N° 15.489/2016 “Acosta, Luis César c/ Alvarenga García, Jorge Antonio y otros s/ daños y perjuicios”; Idem 3/2/2021 Expte. 21515/2014, “Benítez, Emanuel Hernán c/ Consultores Asociados Ecotranns (Línea 136, interno 216) y otro s/daños y perjuicios”; Ídem id 20/12/2021, Expte N° 11570/2017 “Duarte, Franco María Sandra c/ Línea 71 SA s/Daños y Perjuicios”; entre muchos otros)

Por lo demás, es dable señalar, que la procedencia y determinación de este daño no está vinculada a la existencia o entidad de los perjuicios materiales, pues media interdependencia entre tales rubros, que tienen su propia configuración (conf. Llambías, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T° I, p. 13, ed. AbeledoPerrot; CSJN., 06/10/2009, “Arisnabarreta, Rubén J. c/ E. N. (Min. de Educación y Justicia de la Nación) s/ juicios de conocimiento”; Ídem., 07/11/2006, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios”, Fallos 329:4944; Id., 24/08/2006, “Ferrari de Grand, Teresa Hortensia Mercedes y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos 329: 3403; Id.,



06/03/2007, ORI, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos 330: 563, entre muchos otros).

Asimismo, el art. 1741 del CCyCN in fine establece que “el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas” delimitando la actividad jurisdiccional y acentuando sus funciones reparatorias.

En otras palabras, el monto del resarcimiento debe permitir procurarse un placer que compense o sustituya el displacer sufrido, criterio que jurisprudencialmente se viene aplicando de manera inveterada por nuestros tribunales.

En cuanto a su valuación, cabe recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido que: El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurar satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido.

Señaló nuestro Máximo Tribunal que "Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado. El dinero es un medio de obtener satisfacción goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia.

Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" (CSJN, 12/4/2011, "Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós; CNCiv, Sala A 17/7/2014 “. R. M. B. c/ Banco Supervielle S.A. s/ daños y perjuicios” del voto del Dr. Sebastián Picasso; cita: MJ-JU-M-88578-AR | MJJ88578 | MJJ88578).

El criterio fijado por la actual legislación de fondo, impone que la cuantía indemnizatoria debe fijarse conforme dicha pauta orientadora.

En virtud de ello, tomando en consideración las características del hecho que motivó este proceso, las particulares circunstancias que rodean el caso, las secuelas permanentes informadas por los peritos y las demás consideraciones antes referidas, y sin perder de vista que se trata en el caso de la indemnización de la pérdida de una chance de no haber padecido los daños cuya reparación se pretende, que propongo al acuerdo confirmar este aspecto del pronunciamiento apelado.

E) Lucro cesante.

El Sr. Juez fijó por esta partida el importe de pesos cincuenta mil (\$50.000) el que en razón del porcentaje de responsabilidad asignado a la demandada fue adecuado a la cantidad de pesos veinticinco mil (\$25.000). El actor considera insuficiente la indemnización en estudio, mientras que la demandada solicita su rechazo.

El lucro cesante importa el quebranto patrimonial representativo de las ganancias efectivamente dejadas de percibir como cesación de un lucro específico relacionado causalmente con el accidente. Y, al pretenderse el amparo judicial de este reclamo, debe también acreditarse sino en forma fehaciente y categórica, por lo menos con pautas aproximadas, el volumen de ingresos dejados de percibir a re-



sultas del siniestro (CNCiv., Sala A, 04/11/1997, “Beaumarie, Carlos F. y otro c/ Transportes Sargento Cabral S.A. y otro s/ daños y perjuicios”; ídem esta sala, 30/11/2021, Expte. 2.529/2018, “Zamacona, Gabriel Alfredo c/ Navoni Godoy, Edgar Francisco y otro s/ daños y perjuicios”; ídem id, 22/12/2021, Expte N° 27231/2018 Pastorini, Adrián Ezequiel c/ Estrada Paz, Walter Armando y otros s/ daños. y perjuicios”; entre otros muchos) En efecto, el lucro cesante contempla la ganancia frustrada, es decir, los daños que se producen por falta de ingreso de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima, que se ve privada de beneficios que hubiera obtenido de no mediar el hecho dañoso (conf. Moisset de Espanés, “Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro con relación al daño emergente y al lucro cesante”, ED 59, pág. 792).

Por otra parte, no bastaría poner de relieve la sola suspensión de la actividad productiva sino, además, que tal estado de cosas ha generado en concreto una pérdida económica. Ahora bien, cabe destacar que la acreditación del valor del lucro cesante ofrece dificultades por vincularse con beneficios de algún modo supuestos. Cierta corriente sostiene que debe admitirse alguna flexibilidad en la acreditación de las ganancias frustradas; si está probada la pérdida misma, puede fijarse el monto indemnizatorio aun en defecto de demostración de aquella cuantía. En general se admite la fijación prudencial por el juez del monto del lucro cesante, si este perjuicio ha sido probado (Matilde Zavala de González - Rodolfo González Zavala, Responsabilidad civil en el nuevo Código, p. 194/195, T. II, ed. Alveroni).

En el caso los testigos aportados por el actor manifestaron que a la época del hecho de marras tenía una “empresa de máquinas expendedoras de café” (fs. 905 vta. y 989). Sin embargo, no se ha aportado en autos prueba alguna tendiente a acreditar a cuanto ascenderían las ganancias que el actor habría dejado de percibir a causa del infortunio que motiva estos actuados.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

Sabido es que la ganancia o utilidad de que se vio privado como consecuencia del ilícito no puede presumirse, debiendo ser objeto de la correspondiente prueba, es decir que para su procedencia se requiere la demostración cierta del perjuicio, el cual debe ser real y efectivo y no supuesto o hipotético (CNCiv., Sala A, 15/6/11, “Lezcano, Silvia Beatriz c/ Federación Patronal de Seguros S.A. y otro s/ daños y perjuicios”; Ídem 15/6/2021 Expte. N° 57.158/2017 “Dominguez, Ángel Elizando c/Empresa Línea 216 SAT y otro s/Daños y Perjuicios”, entre otros).

Conforme lo sostiene conocida y reiterada jurisprudencia, el art. 377 del CPCC pone en cabeza de los litigantes el deber de probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa excepción, lo cual no depende sólo de la condición de actor o demandado, sino de la actuación en que cada litigante se coloque dentro del proceso. La carga de la prueba actúa, entonces, como “un imperativo del propio interés” de cada uno de los litigantes y quien no acredita los hechos que debe probar pierde el pleito (Couture, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, DePalma, 1974, pág.244 y sigs.), asumiendo así las consecuencias de que aquélla se produzca o no, la que en principio debe ser cumplida por quien quiera innovar la situación de su adversario (Farsi, Código Procesal Civil y Comercial comentado, to.I, pág.671 y sigs.). Hemos sostenido que la actora debe desplegar un mínimo de actividad probatoria tendiente a demostrar las alegadas ganancias efectivamente perdidas o dejadas de percibir como consecuencia del accidente, con datos extraídos de la realidad (CNCiv., Sala “J”, 15/7/2010, expte. N° 45.251/1999, “Gutenmajer, Miguel Ángel c/ Htal. Gral. de Infecciosos Francisco J. Muñiz y otros s/ daños y perjuicios”; Ídem, 31/8/2020, Expte. N° 55866/2.013 “Braga Graciela Dora c/ Centro de Enfermedades Respiratorias Infantiles (CERI) y otros s/ daños y perjuicios”; Ídem id., 2/11/2020, Expte N° 42514/2014 “Capmany Ricardo Omar



c/Transporte Automotor Plaza S.A.C.I. y otros s/daños y Perjuicios”; entre muchos otros).

Quien reclama lucro cesante, debe traer al juicio la prueba que demuestre su extensión o aunque más no sea, deje en el ánimo del juez la certeza de que una ventaja no se produjo por haberlo impedido la acción del responsable o corresponsable del hecho (Conf. CN-Civ., Sala “J”, 19/12/2019, Expte N° 33352/2016, “Amaya Nelson Fabián c/ Gelardi Diego David s/ daños y perjuicios”; entre otros) aportando elementos de convicción reveladores de que efectivamente se frustró una ganancia, que hubiera percibido, de no haber existido el hecho dañoso, extremo que no sucedió en la especie.

No es suficiente el hecho de acreditar una determinada ocupación u oficio, sino que también resulta necesario demostrar la pérdida sufrida por la actividad propia (CNCiv. Sala “J”, 10/6/2019, Expte N° 44.933/2008 “Olivieri Mariana Antonella c/ Transportes Quirno Costa SACI y otros s/ Daños y Perjuicios” ; Ídem, 22/10/2021 Expte N° 79.109/2014 “ Vecchia Diego Joaquín c/ Barua Rodolfo Andrés y otros s/ Daños y Perjuicios”; Ídem id, 18/10/2021, Expte N° 73396/2018 “Arcaro Osvaldo Rodolfo c/Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (AYSA) S/ Daños y perjuicios”; entre otros).

En virtud de las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo revocar este aspecto de la sentencia apelada, rechazando el reclamo efectuado en concepto de lucro cesante.

F) Daño punitivo.

El Sr. Juez de primera instancia dispuso: “la conducta de la empresa demandada debe ser sancionada con la multa prevista por el art. 52 bis (con derivación al art. 47 inc. b) de la ley 24.240), en la suma de PESOS DOS MILLONES QUINIENTOS MIL (\$2.500.000), la cual, a pesar de compartir el suscripto la postura que sostenía que la misma debería ser destinada al Fondo Especial creado por el art. 47 de la ley (conf. Alterini “Las reformas a la Ley de Defensa al





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

Consumidor. Primera lectura, 20 años después” en Vázquez Ferreira: “Reforma a la Ley de Defensa al consumidor” supl. Especial La Ley abril 2008 p. 5), también habrá de ser abonada -junto con el importe indemnizatorio fijado- al Sr. Baldasarre”.

El actor se agravia por estimar insuficiente el importe fijado por este concepto. La demandada solicita su rechazo por considerar improcedente la multa en cuestión.

En ese sentido, cabe recordar que los "daños punitivos" han sido definidos como aquellos "otorgados para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, y para desalentar esa conducta en el futuro". También se los define como "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (conf.: Pizarro, Ramón D., "Daños punitivos", en "Derecho de Daños", segunda parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p.291/292; citado en Picasso, S., "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor" publicado en Suplemento especial La Ley, "Reforma a la ley de defensa del consumidor", abril de 2008). El daño punitivo, como pena ejemplificadora no tenía apoyatura legal en nuestro sistema civil hasta la sanción de la ley 23361 que incorporó el Art 52 a la ley de defensa del Consumidor (24.240).

Es en el Derecho del Consumidor donde por primera vez se consagra legislativamente la figura del "daño punitivo". A partir de la reforma de la ley 24.240 formulada por la ley 26.361, queda incorporado el artículo 52 bis que dispone: "Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso,



independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b de esta ley". Por su propia naturaleza los daños punitivos no buscan reparar el perjuicio causado al consumidor, sino imponer una sanción ejemplar al autor de la conducta antijurídica. Sanción que, para algunos, tiene el carácter de una multa civil, y para otros, de una típica sanción propia del Derecho Penal. De lo que no cabe duda es que no tiene naturaleza resarcitoria (Roberto Vázquez Ferreyra, "La naturaleza de los daños punitivos", en Revista de Derecho de Daños -2011-2 Daño Punitivo, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, 1a ed., páginas 103/4).

En esta inteligencia, se ha afirmado que solo habrán de proceder frente a la existencia de daños graves ocasionados a consecuencia de un grave menosprecio por los derechos individuales o colectivos como así también en los casos en los que existen ilícitos lucrativos. En igual sentido, la Dra. Kemelmajer de Carlucci ha sostenido que los *punitive damages* se conceden para sancionar al demandado por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable con el fin de disuadir o desanimar a acciones del mismo tipo (Lovece, Graciela De los daños punitivos a la sanción pecuniaria en el Proyecto de Código, La Ley del 2 de agosto de 2012, página 1; Ídem CNCiv, Sala H, 19/4/2018 "C. Y. E. c/ Laboratorios Andrómaco S.A.I.C.I. s/ daños y perjuicios", Cita: MJ-JU-M110836-AR | MJJ110836 | MJJ110836). A través de esta teoría se pretende la aplicación, en ciertos casos, de penas privadas, por encima de los importes que se establezcan en concepto de reparación por daños y perjuicios asignándolas ya sea al propio damnificado, al Estado, o a organismos de bien público. Lo que se pretende es castigar a quien ha





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

actuado de modo desaprensivo, a fin de que en el futuro no actúe en forma similar. Por ende, desempeñarían una doble función, ya que por un lado serían una forma de prevención especial, por cuanto quien es pasible de la sanción obviamente no volverá a incurrir en la misma conducta, en tanto que también sería una forma de prevención general, ya que los demás integrantes de una sociedad determinada, al ver la imposición de la multa, evitarán cometer la misma conducta (Conf. Fernández Madero, Jaime, “Los daños causados al medio ambiente”, L. L. 2004-A, 1456 ; CNCiv, esta sala, 4/5/2010, N° 28.910/2003 “Colombo, Aquilino Manuel c. De Rosso, Héctor Eduardo s/ daños y perjuicios” ; ídem 20/9/2019, Expte. N° 77996/2014 “García Lía Cynthia y otro c/ Laboratorios Andrómaco SAICI s/daños y perjuicios”: Ídem id,20/4/2021 Expte N° 15470/2016, “Ale Pezo Aurelia Concepción/ Sosa Pablo y otros s/ daños y Perjuicios”; entre otros muchos).

Su finalidad no es sólo la de castigar a la demandada por una conducta grave, sino también desalentarla en el futuro, vale decir, que se trata de una sanción punitiva y preventiva a la vez, pero fundamentalmente disuasiva para evitar la reiteración de hechos similares. De tal modo, la introducción de los daños punitivos implica reconocer que la responsabilidad civil, al lado de su función típica que sin dudas consiste en reparar, también puede y debe cumplir finalidades complementarias a los fines de la prevención y punición de ciertas conductas .La función de prevención que tiende a disuadir a los proveedores de bienes o servicios respecto de la adopción de conductas perjudiciales para los consumidores, sean éstas episódicas o se presenten de modo constante y permanente..(C.Com Sala F, 20/11/2018 “Filomeno Sebastián Andrés c/ Cervecería y Malhería Quilmes S.A. s/ ordinario” Cita: MJ-JU-M-116251-AR | MJJ116251) Para importante doctrina (Zavala de González, Pizarro y Vallespinos) la función punitiva es útil pues permite sancionar a quien causa daños



intencionalmente con el propósito de obtener una ventaja o provecho, y resulta de aplicación únicamente cuando la reparación del perjuicio se muestra insuficiente para alcanzar el restablecimiento pleno de la legalidad ya que subsiste un beneficio derivado directamente del ilícito (Conf. CNCiv esta sala, 23/11/2017 Expte N° 58.267/2.013, “Mendez Lisandro Aníbal c/ Empresa Monte Grande SA y otro s/ daños y perjuicios”).

Sin perjuicio de ello, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad o, en casos excepcionales (Stiglitz, Rubén S.-Pizarro, Ramón D. en "Reformas a la ley de defensa del consumidor", publicado en La Ley 2009-B, 949).

Uno de los caracteres propios de la figura de los daños punitivos, que hace a su procedencia, es el particular reproche de conducta que se exige en cabeza del agente dañador.- En otros términos, los daños punitivos son excepcionales, pues proceden únicamente frente a un grave reproche en el accionar del responsable de la causación del daño (Nallar, F. "Improcedencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes", La Ley 2009-D, 96).- Así, jurisprudencialmente se ha entendido que esta clase de sanción sólo resulta aplicable para casos de particular gravedad (CNCom., Sala D, 28.6.2012, "Errico, Néstor O. c/ Galeno S.A." ; ídem, Sala C, 11.7.2013, "P. G., M. C. y otro c/ Nación Seguros de Vida S.A. s/ ordinario", Abeledo Perrot Nro. AR7JUR749971/2013) y en los que, por ejemplo, dicho comportamiento hubiese importado beneficios económicos al responsable (culpa lucrativa) (CNCom., Sala A, 9.11.10, "Emagny S.A. c/ Got S.R.L. y otro"; ídem., 26.4.11, "Fasan, Alejandro c/ Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados"), advirtiéndose que esos beneficios se hubieren producido de no haber accionado el asegurado en defensa de sus





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

derechos (Conf. CNCom Sala F, 7/4/2016, “Dell’Oca Gastón c/ Caja de Seguros S.A. s/ ordinario” Cita: MJ-JU-M-100617-AR | MJJ100617 | MJJ100617) En la doctrina nacional parece haber consenso en afirmar que la aplicación de los daños punitivos se encuentra condicionada a la existencia de una conducta especialmente reprochable y cualquier actuación meramente negligente o culpable no dará lugar a la multa prevista en el art. 52 bis de la LDC. (ver, López Herrera, E., "Los daños punitivos", pág, 17 y sigtes.,ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008; CNCOM, Sala F, del 10-5-12, en autos "Rodríguez Silvana Alicia c/ Compañía Financiera Argentina S.A. s/sumarísimo"; ídem C. Fed Civ y Com, Sala II, 27/8/2019, Causa N°. 48430/15; Ídem id, CNCiv. esta Sala,18/8/2020, Expte N° 74455/2012 “Patiño, Rubén Darío y otro c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ daños y perjuicios”, entre otros)

En la especie entiendo se encuentran configurados los recaudos de admisibilidad necesarios para acoger la multa civil en análisis, pues ha mediado una actitud por demás desaprensiva como una particular indiferencia tendiente a proteger a los consumidores del producto altamente dañoso que comercializa.

Cabe recordar que estando en juego la salud, la obligación de seguridad debe interpretarse de manera más que estricta. Cuando se trata de la salud de los consumidores, esto es, cuando está en juego la integridad psicofísica y la vida misma de las personas, la valoración de la conducta del proveedor o empresario no admite tolerancia pues, la importancia de los bienes e intereses comprometidos no deja margen para el más mínimo error. Así, determinadas actividades, como la fabricación, envasado, distribución y comercialización de productos alimenticios -alimentos y bebidas- o medicamentos y otros productos destinados al consumo humano, exigen del proveedor empresario una máxima diligencia, la cual debe ser apreciada en los términos del art. 1725 del CCCN (art. 902,



Código Civil derogado): "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias" (cfr. Chamatropulos Demetrio Alejandro, Daños punitivos sí, daños punitivos no., LA LEY 2012-C, 63, AR/DOC/2047/2012; CCC San Miguel de Tucumán 27/7/2017 “Esteban Noelia Estefanía c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. s/ daños y perjuicios” Cita: MJ-JU-M-105824-AR | MJJ105824 | MJJ105824).

En atención a lo expuesto, propongo al acuerdo desestimar los agravios al respecto.

X. Intereses.

El Sr. Juez de grado dispuso que los importes indemnizatorios por los que prospera la demanda devengarán intereses desde la fecha en que se produjo cada perjuicio objeto de reparación hasta la del efectivo pago conforme la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (conf.CNCiv. en pleno: “Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/daños y perjuicios” del 11/11/2008), con salvedad de la multa establecida en el pto. X que por su carácter sancionatorio se fija a la fecha del pronunciamiento y solo devengará intereses, en su caso, (también en la tasa activa), entre la fecha del pronunciamiento y el efectivo pago.

El actor solicita que además de los intereses dispuestos, se fijen intereses moratorios para el caso de mora en el cumplimiento de la sentencia.

Resultando prematura la consideración de dicho planteo en esta etapa, corresponde diferir su tratamiento para la etapa de ejecución.

XI. Conclusión.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

A tenor de las consideraciones vertidas en el presente voto propongo al acuerdo: I. Se confirme el pronunciamiento apelado en lo sustancial que decide, y modificarlo en cuanto se rechaza el reclamo interpuesto en concepto de “lucro cesante”. Asimismo propongo diferir la consideración de los intereses moratorios para el caso de incumplimiento de la sentencia para la etapa de ejecución.

II. Se confirme la sentencia en todo lo demás cuanto ha sido motivo de apelación y agravios, con imposición de costas de alzada a la demandada y la citada en garantía (art. 68 del Código Procesal).

La Dra. Marisa S. Sorini dijo:

En su estudiado voto, la distinguida colega preopinante se ha pronunciado a favor de confirmar la sentencia de primera instancia en la que se condenó a *British American Tobacco Argentina S.A.I.C. y F.* a pagar a Hugo Alberto Baldassare una suma de dinero para resarcirlo por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del consumo de los cigarrillos comercializados por la demandada.

Esa conclusión, por una parte, se sustenta en la desestimación de la excepción de prescripción opuesta por la demandada. Sobre este particular aspecto del caso, coincido con el análisis expresado en el voto que antecede en relación con el *dies a quo* y con el plazo de prescripción aplicable.

Es evidente que mientras no se ha sufrido un daño, no cabe demandar su reparación. De esta forma, si el actor reclama por las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales acarreadas por el infarto agudo de miocardio padecido el día 6 de marzo de 2013, cabe iniciar el cómputo del plazo de prescripción en esa oportunidad.

Por eso, propicio la confirmación de la sentencia de primera instancia sobre el punto.



En cambio, disiento con la solución brindada con relación a la cuestión de fondo ya que, según los argumentos que desarrollaré a continuación, considero que la sentencia de primera instancia debe ser revocada.

Por una parte, a partir de la compulsión de las constancias de la causa, advierto que en el caso no es posible tener por acreditado que exista relación de causalidad adecuada entre la actividad de la demandada y el infarto único de miocardio anterolateral y lateral asintomático con prueba ergométrica negativa padecido por el actor por cuyas secuelas incapacitantes el Sr. Juez de grado fijó la indemnización correspondiente.

De las presentes actuaciones surge que el Sr Hugo Baldassare tuvo el hábito de fumar los cigarrillos comercializados por la demandada desde los 13 años hasta sufrir un infarto agudo de miocardio a los 46.

Con el dictamen de la perito médica, se ha probado que el 6 de marzo de 2013 el actor comenzó con dolor de hombro y espalda, y más tarde con náuseas y vómitos; esto lo llevó a consultar al Hospital Zubizarreta donde se le diagnosticó infarto agudo de miocardio. Fue derivado al Sanatorio Suizo Argentino, donde permaneció internado por dos meses y se le realizó un cateterismo y se le colocaron dos *stents*,

A partir de lo asentado en la historia clínica de Terapia Intensiva y Unidad Coronaria Clínica y Maternidad Suizo Argentina, la perito médica indicó que al momento del infarto el actor contaba con antecedentes de tabaquismo y obesidad, así como síndrome depresivo en tratamiento. Hasta este acontecimiento cardíaco, no contaba con antecedentes coronarios ni cardiovasculares (ver fs. 1443 vta. de la pericia).

La experta señaló también que el actor es una persona que presenta obesidad con trastorno metabólico -como lo es





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

la resistencia a la insulina -, que tiene valores altos de hemoglobina glicosilada, de glucemia en sangre y de HOMA. Sobre este particular aspecto de la salud del actor, la perito expresamente indicó *“Esta perito no puede descartar que este trastorno metabólico haya estado instalado en el actor antes de sufrir el IAM; de hecho, en el diagnóstico de ingreso a la Clínica y Maternidad Suizo Argentina, se describe al actor como “paciente con antecedentes de tabaquismo, obesidad; síndrome depresivo en tratamiento. Sin antecedentes coronarios ni cardiovasculares”.* (ver fs. 1450 vta. del dictamen).

Asimismo, al ser preguntada para que indique si la patología sufrida por el actor pudo ser ocasionada por el consumo de tabaco durante un tiempo prolongado, la experta indicó: *“Esta perito considera el consumo de tabaco prolongado como un factor de riesgo importante en la patología que el actor sufrió. Son factores de riesgo las condiciones de estrés, el tipo de alimentación, el tabaquismo, el sedentarismo y la obesidad, se puede decir que todos estos son factores de riesgo que están encadenados. De modo que el tabaquismo y sobre todo su hábito durante un tiempo prolongado fue un factor de riesgo importante”.*

Y consultada para que defina qué es un factor de riesgo, indicó que *“Por definición de la OMS, un factor de riesgo es cualquier característica o exposición de un individuo que aumente su probabilidad de sufrir una enfermedad o lesión y que tiene la característica de poder ser modificado con una adecuada intervención. Entre los factores de riesgo más importantes cabe citar el índice de masa corporal por encima de lo saludable, la hipertensión, el consumo de tabaco y alcohol, el agua insalubre, las deficiencias de saneamiento y la falta de higiene”.* Asimismo, refirió que un factor de riesgo es la existencia de una o más características en un individuo que puedan aumentar la probabilidad de sufrir una enfermedad (conf. fs.1453 vta. pto. 3, de la pericia).



Seguidamente se le requirió que indique si las enfermedades cardiovasculares que generalmente se asocian al consumo de cigarrillos son de carácter multifactorial y si en una persona determinada, pueden concurrir múltiples factores de riesgo. Sobre el punto, contestó que *“Si. En una misma persona es dable que concurren múltiples factores de riesgo. El consumo de tabaco, las dietas no saludables, la falta de actividad física, la hipertensión arterial, las dislipemias, la diabetes y la obesidad confluyen en las enfermedades cardiovasculares constituyéndose estas en la primera causa de muerte, discapacidad y mortalidad prematuras. Los factores de riesgo con frecuencia se producen en grupos y uno puede ser resultado de otro, por ejemplo, la obesidad puede ocasionar diabetes tipo 2 y presión arterial alta. La diabetes mellitus constituye la enfermedad crónica más frecuente en estos pacientes, seguida de la hipertensión arterial, obesidad y dislipemia”*.

Luego, la perito abordó el siguiente punto de pericia *“se informe si en relación con un paciente con alguna enfermedad cardiovascular, expuesto a múltiples factores de riesgo, es posible determinar, con algún grado razonable de certeza médica, cuál de todos ellos pudo haber causado dicha enfermedad”*. Al respecto, dijo *“No. No es posible determinar con certeza, entre los factores de riesgo cuál de ellos es el primer responsable de la enfermedad cardiovascular. Las condiciones de estrés, el tipo de alimentación, el tabaquismo, el sedentarismo y la obesidad, constituyen los principales factores de riesgo para la enfermedad cardiovascular y actúan encadenados...”*.

También destacó que *“La Asociación Americana del Corazón (AHA), habla de siete requisitos que definen la salud cardiovascular ideal: No fumar; Tener un peso saludable para la estatura y edad; Ser físicamente activo; Llevar una dieta saludable; Mantener un nivel de colesterol en sangre inferior a 200 mg/dl; Tener*





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

niveles de presión arterial menores a 120/ 80 mmHg; Mantener la glucosa en sangre en ayunas por debajo de 100 mg/dl...”.

Puntualizó que los factores de riesgo no equivalen a causa y que *“la realidad de la enfermedad cardiovascular es que se trata de una enfermedad multifactorial, donde el hecho de fumar constituye un factor de riesgo importante para la enfermedad coronaria pero no es el único ni suficiente; los fumadores de cigarrillos tienen de dos a cuatro veces más probabilidad de desarrollar enfermedad coronaria en comparación con las personas que no fuman...”*. Al respecto, añadió que *“un factor de riesgo es una probabilidad y no una causa...”* (página 1455, ptos. 13 y 16 del dictamen).

El Sr. Juez de grado, en forma previa a dictar sentencia, dispuso una medida para mejor proveer en razón de la cual la perito médica destacó: *“Cuando la relación entre glucemia en ayunas / insulina en ayunas (índice de HOMA) muestra un valor alto por encima de 3.0, se determina que hay resistencia a la insulina y por ende, se tiene riesgo de padecer enfermedades metabólicas como la diabetes, obesidad, hiperlipidemia, o también padecer enfermedades degenerativas como hipertensión arterial o cardiopatía isquémica. Se puede afirmar que las personas resistentes a la insulina no tienen una adecuada absorción de la glucosa, especialmente de órganos como el hígado, y tejidos adiposos y musculares. Valores alterados del índice de HOMA pueden indicar mayor posibilidad de desarrollar diabetes o síndrome metabólico, que en la mayoría de los casos se acompaña de obesidad, hipertensión, colesterol alto, reducción del colesterol bueno, intolerancia a los carbohidratos y presencia de placas de grasa en los vasos, lo cual puede llevar a problemas como un infarto En el caso de autos el actor además del hábito de fumar es portadora de obesidad con un trastorno metabólico, con insulino resistencia, con valores altos de*



hemoglobina glicosilada, de glucemia en sangre y de HOMA, y sufre un IAM antero lateral; es decir se trata de un portador de factores de riesgo importantes para la enfermedad coronaria. El IAM surge entonces como consecuencia del trastorno metabólico...” (escrito del 19 de octubre de 2020, respuesta c).

Y volvió a indicar que *“Esta perito sostiene que el consumo de tabaco se encuentra muy vinculado a las afecciones cardíacas y puede ser considerado causa probable del IAM padecido por el actor más allá de ser una enfermedad multifactorial donde existen otros factores de riesgo que son también importantes: hipertensión arterial, diabetes, obesidad, edad, estrés, hipercolesterolemia, sedentarismo. El fumar es coadyuvante en la enfermedad coronaria...”* (escrito del 21 de septiembre de 2020).

De los extremos referidos, que fueron expuestos por la experta médica en su informe pericial sin ser objeto de impugnación por las partes, se extrae que el tabaquismo se trata de un factor de riesgo que aumenta la probabilidad de sufrir una patología como la padecida por el actor. Sin embargo, ha quedado de manifiesto que un factor de riesgo sólo importa un aumento de la probabilidad de sufrir un padecimiento y no equivale a causa; tanto es así que una persona que no presenta factores de riesgo puede sufrir una patología coronaria como la del actor.

En la sentencia recurrida, el Sr. Juez de grado consideró que el tabaquismo y la obesidad, en el caso, actuaron en forma concausal con respecto a la patología sufrida por el actor. Esta particular aseveración no resulta, a mi juicio, compatible con lo dictaminado por la perito que expresamente indicó que un factor de riesgo *es cualquier característica o exposición de un individuo que aumente su probabilidad de sufrir una enfermedad o lesión y que tiene la característica de poder ser modificado con una adecuada intervención.* Probabilidad no es sinónimo de causa sino de





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

verosimilitud; la probabilidad indica que hay razones para creer que algo sucederá, pero sin mediar certeza sobre su ocurrencia.

Relación de causalidad es más que probabilidad. Es el enlace o nexo físico entre un hecho antecedente —que sirve de causa— y un resultado consecuente; de manera que sea posible afirmar que el efecto es atribuible a la causa o, a la inversa, que ésta determinó el efecto (conf. Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, 8° ed., p. 261; Alterini-Ameal-López Cabana, Obligaciones, Abeledo Perrot, 1996, ps. 221 y ss.; Vázquez Ferreyra, Roberto A., “Responsabilidad por daños (elementos)”, Depalma, 1993, p. 220; Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños”, t° 4, Hammurabi, 1999, p. 243).

Desde el punto de vista material, la causalidad permite vincular al daño con su hecho antecedente desde un punto de vista físico: la causalidad material es el enlace fáctico entre la conducta y evento natural. Desde el punto de vista jurídico, en cambio, tiende a determinar si el agente debe afrontar las consecuencias dañosas. Determinado que un daño es el resultado de un hecho, la cuestión de si el deudor debe responder no se encuentra librada a la discrecionalidad del juez, sino que, entre nosotros, rige el sistema de la causalidad adecuada (Calvo Costa, “*La causalidad adecuada en el derecho de daño: ¿Causalidad real o criterio de imputación objetiva*” LL 2021-A, 371) ?

Como adelanté, estimo que la prueba producida no permite tener por acreditada la causalidad en sentido material. Es que el perito no afirmó que el padecimiento del actor se trate de una consecuencia de su hábito de fumar; tan sólo dictaminó que el tabaquismo es un factor de riesgo que aumenta la probabilidad de padecer una enfermedad coronaria.

Factor de riesgo que no sólo no es determinante *per se* del infarto agudo de miocardio sufrido, sino que en el caso



concorre con otros factores de riesgo como la obesidad del actor y su trastorno metabólico. No se encuentra acreditado que alguno de estos factores de riesgo concomitantes haya operado causalmente sobre la patología del actor; sólo se encuentra dicho que influyen en términos probables y en forma multifactorial.

En ese contexto, es el actor quien debe cargar con las consecuencias de la falta de acreditación de la relación de causalidad ya que, en la cuestión, rige lo previsto por el artículo 377 del Código Procesal. No se pierden de vista que, ante las dificultades que puede presentar la acreditación de la relación de causalidad, en ciertos casos se ha procurado flexibilizar la rigidez de la norma citada. Sin embargo, esto no permite invertir la carga de la prueba, ni presumir la causalidad (Voto de la Dra. Benavente, C.N.CIV., Sala “M”, “*F. de B., O. C. y otros c. PAMI y otros s/ daños y perjuicios*” 20/02/2018).

Son extrañas a nuestro sistema jurídico las teorías en las cuales el criterio de la certeza de los efectos de la conducta puede ser sustituido por el de la probabilidad de tales efectos y de la idoneidad de la conducta para producirlos (conf. Vázquez Ferreyra, “La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil (hacia un alivio de la carga probatoria)”, LL 1996-D,988). Tanto es así que el artículo 1736 del Código Civil y Comercial regula la cuestión de acuerdo al criterio tradicional: la carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, lo cual implica acreditar la existencia de una relación de causalidad material (Picasso en Lorenzetti (director), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, t°VIII, p. 605).

Esta es la línea argumental seguida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un caso análogo al presente donde confirmó la sentencia que desestimó la demanda deducida contra una compañía tabacalera y contra el Estado Nacional por no





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

haberse acreditado que el cáncer de pulmón sufrido por el actor fuera causado por el consumo de cigarrillos (CSJN, “*M. de G., A. M. Y otros cl EN - MO E. - Secretaría de Estado de r. y c. y otro s/ daños y perjuicios*”, del 25/9/2015).

Por otra parte, considero que la falta de acreditación del presupuesto de la responsabilidad en cuestión no puede ser suplida, en la especie, con arreglo a principios del derecho de consumo tales como el *indubio pro consumidor*. Es que la ley 24.240 no contempla una regulación específica de la responsabilidad por daños, o lo que es igual, un microsistema que la trate en base a parámetros normativos distintos de aquellos que prevé el Código de fondo, cuyas normas se aplican en esta materia en todo lo que no haya sido expresamente legislado en contrario. Quiere decir que los presupuestos de la responsabilidad civil (antijuridicidad, daño, relación causal adecuada y factor de atribución), así como la extensión del resarcimiento y las eximentes se rigen por lo que dispone el Código Civil y Comercial (en el caso el Código Civil) (Pizarro, Ramón, “*Acerca de la responsabilidad civil de las empresas tabacaleras por daños sufridos por consumidores fumadores*”, LL del 17/3/2021).

Al respecto, el autor citado en el párrafo anterior ha destacado que la responsabilidad por productos elaborados prescinde de la culpabilidad, pero no de la causalidad que debe ser acreditada por quien pretende la reparación (conf. art. 1736, CCyC aplicable en materia de consumo).

En definitiva, considero que la actora no ha acreditado la relación de causalidad invocada y que ésta no puede ser inferida a partir de la existencia de un factor de riesgo que, según ha quedado demostrado, no es unívoco.

Si bien las apreciaciones antes expuestas conducen por sí solas a la revocación de la sentencia apelada, viene al caso dejar



aclarado que comparto las apreciaciones formuladas por el Dr. Pablo Trípoli en la segunda parte de su voto en disidencia expedido *in re* “*Quidi, M.A. c/ Nobleza Piccardo S.A. s/ daños y perjuicios*” (C.N. Civ., Sala “C”, del 9/9/2019).

Allí, con cita de Mosset Iturraspe, hizo alusión al carácter voluntario del hábito de fumar y destacó que el ámbito de protección al consumidor no se extiende al supuesto en que, con conocimiento, realiza un acto que puede causarle un daño en su salud.

También descartó el argumento según el cual los consumidores cuentan con información insuficiente ya que desde el año 1986 (cuando se sancionó la ley 23.344) se viene poniendo en conocimiento de los fumadores en forma clara, precisa y directa que “El fumar es perjudicial para la salud”. A la vez que, incluso desde antes de la sanción de esa ley, es un hecho notorio que fumar puede causar problemas de salud serios.

En línea con las consideraciones efectuadas por el Sr. Vocal de la Sala C, entiendo que el fumador, pese a que las consecuencias del tabaquismo son un hecho notorio, se expone voluntariamente al riesgo que el hábito lleva ínsito.

Como dije, comparto esas apreciaciones y considero que el fumador, con su conducta voluntaria y reiterada, se expone a un factor de riesgo para su salud sabiendo (o pudiendo fácilmente saber) las consecuencias que eventualmente puede desencadenar su conducta. A mi juicio, no es plausible entender que la conducta del fumador que persiste en el vicio de fumar obedezca a una falta de información sobre las consecuencias del tabaquismo.

La experiencia demuestra que no todas las personas fuman, que muchas abandonan el hábito de fumar y que, incluso, otras persisten en él luego de padecer consecuencias graves atribuibles al hábito de fumar. Esto pone en evidencia que, aún con la volición condicionada por ciertas sustancias que contiene el cigarrillo,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

el fumador obra voluntariamente. De hecho, en el caso, esto ha sido puesto de manifiesto en el escrito de demanda, donde el actor afirmó que fumó desde los 13 años sin consecuencias y que abandonó el hábito al sufrir un infarto de miocardio (fs. 4).

El hecho que el propio actor haya afirmado que dejó de fumar, desmerece la opinión del perito psiquiatra vertida a fs. 1433, donde consideró que el actor padece adicción al tabaco y esto le impide dejarlo aun cuando lo desee.

En síntesis, creo que el consumo de los cigarrillos que la demandada comercializa lícitamente en el mercado con autorización del estado se trata de un obrar voluntario que el agente realiza con conocimiento de su potencialidad dañosa; se trata de un acto que el fumador, en ejercicio de su autonomía personal, elige realizar.

De esa conclusión extraigo otras dos de relevancia.

En primer término, que el hábito de fumar se inserta dentro del ámbito de reserva protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional, del que se desprende el derecho que goza toda persona a ser dejada a solas para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida en todas las dimensiones fundamentales (Fallos 308:1032, voto del Dr. Petracchi).

El artículo 19 de la Constitución protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física, al punto que autoriza al individuo a rechazar ciertos tratamientos médicos cuando su propia vida se encuentra en riesgo (Fallos, 335:779; 316:479; 306:1892).

Por eso, cabe entender que, si bien el Estado se encuentra habilitado para exigir que se ponga en conocimiento del



agente el potencial nocivo del hábito de fumar, propender a la prevención de los perjuicios a la salud e, incluso, prohibir su uso en determinados ámbitos (ley 26.687), no puede inmiscuirse en la autonomía del agente quien, en definitiva, es a quien corresponde libremente y sin intromisión determinar su comportamiento en la medida que no perjudique a terceros.

Es que, si bien en ciertos casos se justifica la adopción de medidas paternalistas tendientes a imponer conductas o cursos de acción aptos para que los individuos satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente, deben ser compatibles con el principio de autonomía y no menoscabar la libertad de la forma de vida por el individuo (Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, p. 414 y 415, Astrea 2ª edición). Por esto, en un Estado democrático y constitucional de derecho como el actual, es aceptable que el Estado obligue a informar sobre la potencialidad dañosa del tabaco, pero no que exija un comportamiento determinado al individuo en materia de consumo de cigarrillos (v. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-639/10, del 17/8/2010).

Lo expuesto no significa desconocer que el consumidor se trata de un sujeto con una tutela constitucional preferente. Sin embargo, como señaló el Dr. Trípoli en el citado voto, que su protección encuentra un límite cuando con conocimiento realiza una actividad permitida que puede perjudicarlo.

En segundo término, que del reconocimiento de la autonomía personal y de la dignidad de la persona se deriva que el sujeto puede asumir responsabilidades. Las obligaciones, responsabilidades y actos de limitación personal suponen como antecedente un sujeto que puede adoptar decisiones o actos de voluntad en ejercicio de su autonomía personal (Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 174, Astrea, 1992).





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA F

De manera tal que el ejercicio de la autonomía personal implica que el agente ha de cargar con las consecuencias de su obrar libre y voluntario, es decir, del hecho que el individuo pueda libremente determinar su plan de vida se sigue que es responsable de sus actos.

Lo expuesto, a mi juicio, ofrece una base sólida para entender que, si el actor aceptó libremente consumir cigarrillos, asumiendo la peligrosidad potencial de esa acción, que renovó en el tiempo y cuyos efectos perniciosos no pudo desconocer (doctrina art. 897. C. Civ.), debe cargar con las consecuencias de su obrar.

Por consiguiente, para el supuesto de no compartirse la conclusión expresada en relación con la falta de acreditación de la relación de causalidad, considero que admitidos los riesgos potenciales que para la salud implica el consumo de cigarrillo, existen elementos de juicio suficientes para entender que en la especie se configura el supuesto del artículo 1111 del Código Civil -vigente al momento en que el actor sufrió el infarto agudo de miocardio-, en la medida que el daño se lo provocó la misma actora por la acción de fumar.

Por eso, considero que la demanda debe ser rechazada y, por eso, la sentencia de primera instancia revocada con costas a la parte actora.

Eso, a la vez, conduce a estimar los agravios expresados por la parte demandada y rechazar los esgrimidos por la parte actora.

Por razones análogas a las aducidas por la Dra. **SORINI**, el Dr. **FAJRE** votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto.

16. Gabriela M. Scolarici

15. Marisa S. Sorini



22. José B. Fajre

///nos Aires, septiembre de 2023.

AUTOS Y VISTOS:

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede: Se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda interpuesta, con costas de ambas instancias a la parte actora.

