



# EL DERECHO

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Martín J. Acevedo Miño

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

## Consideraciones sobre la aprobación por el Senado de un proyecto de ley para penalizar la publicación de imágenes íntimas (*revenge porn*)

por PABLO A. PALAZZI

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LA APROBACIÓN DEL SENADO. – 3. COMENTARIOS. 3.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y SANCIÓN PENAL. 3.2. OBJETO DEL DELITO. 3.3. ACCIÓN TÍPICA. 3.4. DOLO. 3.5. CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA. 3.6. RETIRO DE CIRCULACIÓN DE IMÁGENES DE INTERNET. – 4. CONCLUSIONES.

### 1 Introducción

El viernes 25-11-16 tuvo media sanción en el Senado un proyecto de ley para penalizar la publicación indebida de imágenes íntimas.

En este artículo comentamos la citada aprobación y proponemos algunos cambios en su redacción a la luz de las experiencias del derecho comparado.

### 2 La aprobación del Senado

El proyecto que comentamos se presentó el 9-6-16 firmado por las senadoras Marina Riofrio, Beatriz Mirkin y Norma Durango<sup>(1)</sup>, el cual propuso incorporar un nuevo art. 155 bis al Código Penal argentino (CPen.).

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Difusión no autorizada de la imagen de una menor*, por SANTOS CIFUENTES, ED, 174-226; *Protección de la imagen*, por SANTOS CIFUENTES, ED, 211-97; *Los derechos a la imagen y la intimidad en la era de los teléfonos móviles con cámaras fotográficas e Internet*, por HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 214-948; *Videovigilancia. El tratamiento de la imagen como dato. Análisis. Antecedentes. Biometría. Intimidad, imagen y videovigilancia. Necesidad de establecer un marco legal regulatorio en el ámbito nacional*, por HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 230-1106; *Cuidado y previsión en la utilización de elemento informático en ámbitos privado y laboral por parte de los usuarios. Circulación de videos y fotos íntimas de empleados (pareja) dentro de su ámbito laboral. La cuestión de la prueba informática. Su dificultad. Fallo "C., M. G. y otro c. Coto C.I.C.S.A. s/despido"*, por HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 226-619; *Responsabilidad civil en Internet. La problemática de la difusión de imágenes en Internet y a quién entablarle la demanda civil*, por GUSTAVO JUAN VANINETTI y HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 243-332; *El derecho al olvido en Internet (un fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que contribuye a la preservación de la imagen en los entornos virtuales)*, por GUILLERMO F. PEYRANO, ED, 258-918; *El miedo a Internet*, por GREGORIO BADENI, ED, 265-616; *Difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn)*, por PABLO A. PALAZZI, ED, 266-837. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar).

(1) Proyecto de ley de la senadora Riofrio, Expediente n° 2119/16 del Senado de la Nación.

La propuesta aprobada dice así: "Será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años, el que hallándose en posesión de imágenes de desnudez total o parcial y/o videos de contenido sexual o erótico de una o más personas, las hiciere públicas o difundiere por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones, o cualquier otro medio o tecnología de transmisión de datos, sin el expreso consentimiento de la o de las mismas para tal fin, aun habiendo existido acuerdo entre las partes involucradas para la obtención o suministro de esas imágenes o video".

Un segundo párrafo propone lo siguiente: "La persona condenada será obligada a arbitrar los mecanismos necesarios para retirar de circulación, bloquear, eliminar o suprimir, el material de que se tratare, a su costa y en un plazo a determinar por el juez".

### 3 Comentarios

El término *revenge porn* fue usado por primera vez en los Estados Unidos<sup>(2)</sup>. Con él se hace referencia a la publicación no autorizada de fotos o videos privados que generalmente contienen imágenes íntimas, que una persona (comúnmente la expareja) publica, cede o difunde (por sí o a través terceros) normalmente con ánimo de venganza luego de terminada la relación.

La foto o el video generalmente van acompañados del nombre, domicilio, correo electrónico, teléfono o dirección de trabajo de la víctima con el ánimo de perjudicarla, transformando esta publicidad en una suerte de acoso virtual con fines de venganza. De allí la expresión *revenge porn*.

El término no es el más preciso para definir el fenómeno, pero es el más difundido y usado por la prensa y ya llegó para quedarse.

Sin embargo, ha sido criticado porque la palabra inglesa *porn*, que se traduce como porno o pornografía, está asociada a lo obsceno, pero las imágenes íntimas o privadas de una relación de pareja no necesariamente deben ser calificadas como obscenas<sup>(3)</sup>. La palabra *revenge* se

(2) PALAZZI, PABLO A., *Protección penal de la difusión no autorizada de la imagen íntima captada con consentimiento de su titular y el problema del "revenge porn"*, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo, 2015, págs. 1587/1598.

(3) En virtud del art. 19 de la CN, la relación sexual entre dos personas adultas forma parte de su vida privada y difícilmente puede ser calificada de pornográfica.

traduce como venganza. Siguiendo estas ideas, en España se lo ha denominado "porno por despecho" y en Francia *revanches pornographiques*.

El interés del Congreso en sancionar este tipo de conductas es bienvenido, ya que en la Argentina existe un vacío legal que da lugar a la falta de punición de estos casos, que lamentablemente son cada vez más frecuentes. Algo similar viene ocurriendo en el derecho comparado, en el que se lo ha legislado penalmente en numerosos países<sup>(4)</sup>.

Por otra parte, los actos de *revenge porn* pueden ser catalogados, en la mayoría de los casos, como actos de violencia de género por la violencia psicológica que produce sobre la víctima<sup>(5)</sup> –mayormente mujeres– la difusión en Internet de imágenes íntimas y privadas que no están destinadas a ser publicadas. Entra en juego en estos casos la obligación que tiene nuestro país por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como "Convención de Belém do Pará"), aprobada por ley 24.632.

La difusión de estas imágenes privadas puede causar graves daños, al punto que muchos casos en diversos países han terminado con el suicidio de la víctima<sup>(6)</sup>. Pero también aparece la pérdida de trabajo o la humillación frente al círculo social y familiar.

Nos parece positivo que la versión aprobada por el Senado haya seguido la estructura establecida por la figura del art. 155 del CPen., ya que son supuestos muy próximos de publicación de algo reservado, secreto o íntimo. La ubicación como art. 155 bis del CPen. es mejor que una figura como el art. 153 ter.

Seguidamente realizamos una serie de observaciones al proyecto que consideramos pueden ayudar a mejorar su redacción para el caso de que se decida abordar su tratamiento en la Cámara de Diputados durante el año 2017.

#### 3.1. Bien jurídico protegido y sanción penal

Si bien aludiremos a la figura en análisis con el término *revenge porn*, cabe señalar que este no es el más adecuado. No todos los sujetos activos de este delito podrán actuar por venganza y las imágenes de relaciones privadas no son *per se* pornográficas.

El *revenge porn* es un delito contra la privacidad. La acción típica consiste en difundir contra la voluntad de

(4) Ver el derecho comparado en PALAZZI, PABLO A., *Difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn)*, ED, 266-837.

(5) PALAZZI, PABLO A., *La publicación de imágenes íntimas en Internet y su caracterización como un acto de violencia de género*, LL, 2016-C-123. En igual sentido JIMÉNEZ MARTÍN, JORGE, *Los delitos informáticos en el ámbito de la violencia de género: algunas reflexiones*, en *Ciberdelitos. Aspectos de derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet*, Daniela Dupuy (dir.), Mariana Kiefer (coord.), Madrid, B de F, 2017, págs. 109/110.

(6) PALAZZI, PABLO A., *El delito de difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn)*, en *Ciberdelitos. Aspectos...*, cit., págs. 145/182.

## CONTENIDO

### DOCTRINA

Consideraciones sobre la aprobación por el Senado de un proyecto de ley para penalizar la publicación de imágenes íntimas (*revenge porn*), por Pablo A. Palazzi..... 1

### JURISPRUDENCIA

#### Civil

**Médico:** Responsabilidad: naturaleza de la obligación; principio general; carga de la prueba; culpa; cirujano plástico; cirugía embellecedora; consentimiento informado; deficiencias; irrelevancia del nivel sociocultural de la paciente. **Daños y Perjuicios:** Indemnización: requisitos; relación causal; incapacidad sobreviniente. **Intereses:** Tasa; cómputo (CNCiv., sala D, marzo 3-2017)..... 3

#### PROVINCIA DE BUENOS AIRES

**Daños y Perjuicios:** *Compensatio lucro cum damno*: aplicación oficiosa; sentencia; principio de congruencia (CApel.CC Azul, sala II, marzo 7-2017)..... 6

la víctima imágenes de escenas muy privadas o íntimas (de contenido sexual), que inicialmente fueron captadas con su consentimiento durante una relación y que luego se difunden contra su voluntad, generalmente al finalizarla.

Por lo tanto, la difusión de estas imágenes o grabaciones que son privadas constituyen una afectación de su derecho a la imagen y, en forma más general, de su derecho a la intimidad.

Así lo han catalogado la reforma del Código Penal español del año 2015, incluyéndolo como un nuevo inciso del art. 197<sup>(7)</sup> (delitos contra la privacidad y violación de secretos), y la reforma del Código Penal francés, el que lo incluye en el art. 226-2 dentro de la sección dedicada a delitos contra la vida privada.

Dentro del bien jurídico “vida privada” (insertado como título por la ley 26.388) podríamos también entrar en clasificaciones y, en este caso, es posible sostener que el *revenge porn* se trata de un atentado contra la privacidad sexual de la víctima, posiblemente uno de los ámbitos más reservados e importantes de la vida privada que puede tener una persona junto con su pensamiento y sus creencias<sup>(8)</sup>.

Adicionalmente, como vimos, en algunos casos pueden catalogarse como un acto de violencia de género. Ello sirve para justificar su necesidad de legislarlo penalmente, pero no existe todavía un bien jurídico concreto en esta materia.

La pena proyectada es de seis (6) meses a cuatro (4) años. Esta pena a primera vista parecería alta si se la compara con la pena de otros delitos contra la privacidad, como ser el art. 153 del CPen. (de 15 días a 6 meses) o el art. 155 del CPen. (que solo tiene pena de multa).

La pena es idéntica a la pena más baja prevista en los delitos contra la honestidad (art. 119, CPen.). La primera conclusión que sacamos es que, en cuanto a la pena, el proyecto considera este accionar como un atentado de igual magnitud al que se produce con el abuso deshonesto. Esto es entendible porque a los casos de *revenge porn*, cuando son persistentes en el tiempo, se los ha considerado como una suerte de “violación virtual”<sup>(9)</sup> por el efecto que causan en la víctima.

La figura del *revenge porn* suele ser un atentado al bien jurídico intimidad de la víctima, pero en cierta forma roza también el bien jurídico integridad sexual u honestidad. El efecto es hacer público en Internet, a la vista de millones de personas, un contenido que estaba destinado a ser privado. Este contenido deja de serlo y difícilmente pueda volver a ser privado. El derecho a la indemnidad sexual que tiene la víctima se ve afectado de la misma forma que cuando es agredida físicamente (abuso deshonesto, violación, corrupción), en este caso mediante la violencia psicológica que implica mostrar al mundo su vida privada sexual.

La acción típica descrita en el *revenge porn* lesiona dos bienes jurídicos protegidos por el Código Penal, la privacidad y el recato e integridad sexual de la víctima. La media sanción del Senado optó por ubicar esta figura en el capítulo de los delitos contra la libertad, y en forma específica de la privacidad, pero ello no excluye que también abarque la protección de la libertad de la esfera sexual de la víctima. Por esa razón nos parece adecuada la pena prevista por el Senado y su equivalencia con el abuso deshonesto.

(7) La reforma modificó el art. 197 con un nuevo inc. 7° que dice así: “Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa”.

(8) WACKS, RAYMOND, *Personal Information. Privacy and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 1993, pág. 237 (la información sobre hábitos sexuales es altamente sensible) y SOLOVE, DANIEL J., *Understanding Privacy*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, págs. 54/58.

(9) Varios autores usan el término *virtual rape*. Ver CITRON, DANIELLE - FRANKS, MARY A., *Criminalizing Revenge Porn*, 49 *Wake Forest Law Review* 345, 2014 y HENRY, NICOLA - POWELL, ANASTASIA, *Sexual Violence in the Digital Age: The Scope and Limits of Criminal Law*, *Social & Legal Studies*, 1-22, 2016; entre otros.

### 3.2. Objeto del delito

El objeto del delito previsto en el proyecto son las “imágenes de desnudez total o parcial y/o videos de contenido sexual o erótico”.

La norma aclara en forma innecesaria que pueden ser “de una o más personas”. Esta aclaración debería eliminarse para mejorar la redacción de la figura. Da igual que participen dos, tres o cuatro personas o que la imagen o el video sea solo de la víctima sin la participación de otros sujetos (un *striptease*, por ejemplo).

En la redacción de la figura aprobada por el Senado se podría llegar a leer una diferencia entre las imágenes y los videos. Si son imágenes, alcanza con que sean de desnudez total o parcial, en cambio, si son videos, deben ser “de contenido sexual o erótico”. La inclusión de ambas clases crea un amplio espectro de cobertura que incluye simples fotografías que podrían ser legales. Un desnudo parcial de un hombre (por ejemplo, un torso desnudo) no tiene la misma connotación que el de una mujer. Por lo tanto, si el proyecto se aprueba tal cual está redactado, habrá que interpretar que el requisito de “contenido sexual o erótico” se refiere tanto a las fotos como a los videos. De lo contrario, el tipo penal tendría una cobertura muy amplia respecto de cualquier fotografía o video.

Por otra parte, no debería equipararse lo sexual y lo erótico. Pero la norma comentada las ubica a la misma altura. Hay fotos “eróticas” que tienen contenido estético e incluso que son reconocidas obras de arte.

A veces estas fotos pueden causar mucha controversia, como el caso de la fotografía de la modelo y actriz Brooke Shields<sup>(10)</sup> tomada cuando era menor de edad (tenía 10 años).

Podría tratarse, por ejemplo, de las fotos generadas en una sesión de modelaje, que deberían regirse por la relación comercial o por el contrato (si existe) que tengan las partes. Este tipo de fotos no debería quedar cubierto por un tipo penal de *revenge porn* (por más que sean muy sensuales o hasta eróticas), pero la redacción dada a la media sanción del proyecto del Senado podría ser interpretada como si las cubriera.

La redacción de la versión del Senado debería modificarse para incluir solo imágenes o grabaciones de carácter sexual. A modo de ejemplo, la reciente reforma del Código Penal español (art. 197) se aplica a “imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”. El Código Penal francés, en su reciente reforma al art. 226-2-1, hace referencia a “palabras o imágenes que presenten un carácter sexual” (*paroles ou des images présentant un caractère sexuel*).

Sugerimos también eliminar el concepto de desnudez, que en muchos casos se puede referir a situaciones lícitas. Pero es importante mantener la mención de la naturaleza sexual de las imágenes o videos, que pueden tener lugar incluso sin desnudez.

La versión aprobada por el Senado no incluye los audios privados, porque solo se refiere a imágenes o videos. El objeto de la figura debería quedar más definido y delimitado, incluyendo las grabaciones de audio. En síntesis, el objeto de la figura debería contemplar las “fotos, grabaciones de audio o video de contenido sexual”.

Otro elemento para delimitar el objeto es limitar las fotos o videos a las que fueron producidas en lugares reservados —como se hizo en la reforma española (al señalar “que hubiera obtenido (...) en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”)—, para evitar que se planteen casos con fotos de lugares abiertos, como ser una playa. Esto tiene cierta lógica, pues quien realiza actos sexuales en un lugar público a la vista potencialmente de terceros no podría pretender tener privacidad sobre ellos.

(10) “Shields v. Gross”, 58 N.Y.2d 338, 448 N.E.2d 108, 461 N.Y.S.2d 254, 9 Media L. Rep. 1466 (N.Y. 1983). En el caso la modelo demandó a Gross, un fotógrafo que, con consentimiento de los padres de Shields, había realizado varias tomas de la menor. La acción buscaba prohibir al demandado publicar y seguir usando la foto en cuestión, con el argumento de que Brooke Shields no había consentido el uso de su imagen y que cuando lo hizo era menor, por lo tanto el consentimiento era inválido. La acción se basó en N.Y. Civ. R. Law § 51 of the Civil Rights Law, que es la norma que recepta el *right of publicity* en el estado de Nueva York. El tribunal sostuvo que una menor no podía revocar el consentimiento dado por su madre.

### 3.3. Acción típica

La conducta del tipo penal propuesta describe dos acciones que deben darse conjuntamente: (i) estar en posesión de las imágenes íntimas y (ii) difundirlas por cualquier medio.

El proyecto del Senado sigue la estructura de la publicación indebida de correspondencia prevista en el art. 155 del CPen. y por eso la propuesta —correcta a nuestro entender— es incluir la figura como un art. 155 bis.

Cabe aclarar que la mera posesión sin difundirlas no es delito, a menos que las imágenes califiquen como las previstas en el art. 128 del CPen. y exista intención de distribuir las. Además es lícito —por formar parte de su esfera privada— que dos o más adultos realicen con pleno consentimiento y autonomía fotografías o videos de sus escenas y relaciones personales y las almacenen en dispositivos de su propiedad (art. 19, CN).

La redacción dada a la figura requiere que el sujeto activo tenga las imágenes en su poder independientemente de cómo se elaboraron. Por eso importa cómo se generaron estas imágenes o videos, es decir, si fue el sujeto activo quien las grabó o captó, o si se trata de una *selfie* hecha por la propia víctima junto al sujeto activo, o de intercambios epistolares por cualquiera de los modernos medios de comunicación. Solo cuando estas imágenes se difunden se consuma la acción. Esto tiene lógica, ya que el daño se produce con la difusión, generalmente en Internet, y la posterior viralización del contenido íntimo<sup>(11)</sup>.

La segunda parte de la acción requiere que el sujeto activo que está en posesión de estas imágenes o videos las haga “públicas o las difunde por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones, o cualquier otro medio o tecnología de transmisión de datos”.

El medio de difusión es indistinto a los fines de la comisión del delito y la provocación del daño. El más común será Internet, pero es posible también la distribución y publicación de contenidos íntimos en el mundo real (no virtual). Por eso debería eliminarse de la versión del Senado la parte que dice “por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones, o cualquier otro medio o tecnología de transmisión de datos” o dejar solo “por cualquier medio”.

Respecto a esta acción, cabe señalar que se debe entender que esa persona que tiene la imagen o el video es quien la obtuvo de la víctima o junto con la víctima. Este justamente es, como vimos, el supuesto típico de *revenge porn*, es decir, publicar imágenes íntimas de la expareja por venganza.

El problema de la redacción dada a la figura en la versión del Senado es que no se distingue quién tiene la imagen originalmente de quién la redistribuye o difunde con posterioridad. Esto hace que todos los partícipes de la cadena de distribución puedan ser sancionados como autores principales. Entendemos que la redacción debería ser hecha de manera que la figura básica no alcance a terceros. Es que se debe tener en cuenta que la viralización de contenidos en la práctica hace que muchas personas puedan volver a publicar o distribuir el contenido que vieron o recibieron. Y si bien esto es ilícito, es discutible que la solución sea estrictamente la sanción penal cuando está disponible la vía civil para esos terceros.

El *revenge porn* es un delito de publicación de contenidos que alguien tiene en su poder por su relación previa con la víctima. Por eso nos parece prudente incluir una limitación autoral, de suerte que la figura quede redactada como un “delito de propia mano”. Un claro ejemplo es el art. 197.7 del Código Penal español, que dispone: “Será castigado (...) el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona...”.

Al unirse la tenencia de las foto o video a su obtención con anuencia de la víctima y mencionar su captación en un lugar físico, de alguna forma se limita la posibilidad de autoría primaria a quien tenía una relación directa<sup>(12)</sup> con

(11) No cabe descartar que con la tenencia de imágenes se generen situaciones extorsivas mediante la amenaza de su difusión.

(12) Se discute en España si quien la obtuvo porque la recibió por un medio de comunicación durante la relación cae dentro del supuesto del art. 197.7 del Código Penal.



la víctima, es decir, a quien sacó la foto o participó en su confección, y no a terceros ajenos a la relación<sup>(13)</sup>. Esto no queda claro en la redacción aprobada por el Senado, que requiere la mera posesión de las imágenes pero la desliga de una relación previa con la víctima. A nuestro entender, la redacción dada a la versión del Senado autoriza a perseguir a toda la cadena, lo que implica potencialmente a miles de personas.

Si se opta por considerar partícipes a quienes redistribuyen el contenido, la figura penal posiblemente quede en letra muerta, ya que será imposible perseguir penalmente a las personas que comparten contenido viralizado. Está claro que estas personas no deberían compartir las imágenes, pero la solución no parece ser penalizar a todos los usuarios de Internet. Por otra parte, en estos casos el elemento subjetivo no es el mismo que el del autor inicial. En el *revenge porn* el autor inicial actúa por venganza, con dolo directo consistente en humillar y dañar a la víctima al difundir masivamente imágenes íntimas. En el caso de terceros, las personas que retransmiten este contenido podrán compartir en muchos casos ese ánimo, pero en muchos otros actúan por mera curiosidad o compartirán el contenido sin pensarlo e incluso –muchas veces– sin leerlo previamente<sup>(14)</sup>.

Una alternativa sería conservar la pena de prisión para el difusor inicial y una pena de multa para quienes retransmiten. Pero esto no deja de ser un problema, porque será imposible perseguir penalmente a todas esas personas, incluso para imponerle pena de multa.

La figura del proyectado art. 155 bis es un delito de acción privada. Por ello queda en cabeza exclusivamente de la víctima decidir si inicia la acción, con el riesgo de que el caso tenga publicidad, o dejar el evento dentro de su vida privada. También la víctima podrá elegir a quién se persigue penalmente y de ese modo se acota la aplicación práctica de la acción, ya que es improbable una querrela masiva. Pero el alcance de la figura, según nuestro entender, debe estar limitado a la expareja que captó las fotos o las recibió de la víctima.

#### 3.4. Dolo

La figura prevista en la media sanción del Senado es un delito doloso.

El *revenge porn* implica una intención de dañar, pero consideramos que no es necesario reflejar esta intención en forma específica en la figura. Si se refleja como un elemento expreso, será muy difícil de probar. Entendemos, más bien, que este elemento se presupone por la propia naturaleza del contenido que se difunde.

Por eso nos parece apropiado que la versión aprobada por el Senado no requiera, en la figura básica, una finalidad específica de causar daño ni ánimo de venganza, aunque, como vimos, está implícito en el acto de difundir fotos íntimas de la expareja.

Así como no es necesario aclarar la intención de dañar, entendemos que tampoco hace falta aclarar que su difusión implica un grave daño a la privacidad. Tal requisito lo que hace es poner en cabeza del juez valorar el daño sufrido por la víctima, ya que aquel podrá tener una visión distinta de la vida privada de la víctima y de lo que esta experimente tras la difusión de su vida privada.

El actual art. 155 del CPen. requiere que se pueda causar un daño, pero con una redacción muy abierta (“si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros”).

El supuesto de *revenge porn* es distinto porque la correspondencia privada puede tener todo tipo de matices y no siempre contendrá cuestiones íntimas. En cambio, las fotos de relaciones sexuales no admiten duda: su difusión siempre afectará gravemente a la víctima, por lo tanto, entendemos que no es necesario incluir algo obvio en los elementos de esta figura.

#### 3.5. Consentimiento de la víctima

Un elemento adicional de la figura es que tal difusión tenga lugar sin consentimiento de la persona retratada. Hay un doble aspecto del consentimiento que se debe tener en cuenta para interpretar esta figura penal: el con-

sentimiento para la captación y el consentimiento para la difusión de la imagen íntima.

Por una parte, no debe haber autorización de la víctima para la difusión y, por la otra, hay que entender que la falta de acuerdo (consentimiento) para la fotografía o el video no implica en forma alguna autorización para su difusión por Internet o por cualquier otro medio<sup>(15)</sup>.

Respecto al acuerdo entre las partes involucradas para la obtención o suministro de esas imágenes o video, es frecuente que en la defensa de estos casos se argumente la falta de oposición a la filmación o registro de las escenas íntimas o el envío voluntario de ellas a través de cualquier medio, o incluso el consentimiento verbal. Esto sería una suerte de doctrina de los propios actos. Esta defensa no debería prosperar, pues el consentimiento para captar una imagen íntima no implica consentimiento para su reproducción en Internet.

Dado que son imágenes íntimas captadas en la intimidad de una relación, entendemos que no hace falta en la figura penal aclarar que son privadas o íntimas si están caracterizadas como imágenes o grabaciones de naturaleza sexual. Da lo mismo que sean *selfies*, que se hayan obtenido con un temporizador o que sea el sujeto activo quien la grabó. Es indistinto que se hayan captado con presencia de ambas partes o que se hayan enviado por medios digitales. Todo esto es ajeno a la figura, que capta el acto posterior, es decir, una persona que se queda con esas imágenes y las publica con fines de dañar a la víctima.

#### 3.6. Retiro de circulación de imágenes de Internet

Respecto a la parte final del proyecto, este dispone que “la persona condenada será obligada a arbitrar los mecanismos necesarios para retirar de circulación, bloquear, eliminar o suprimir, el material de que se tratare, a su costa y en un plazo a determinar por el juez”.

Es entendible que frente a la viralización de contenidos íntimos se busque remediar el daño a través de esta disposición. Justamente, en los casos de *revenge porn*, lo que más desea la víctima es poder dar de baja todo *ese material* de sitios públicos.

De hecho, es la regla general en nuestro derecho privado.

El art. 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) dispone, bajo el título de “reparación plena”, que “la reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie”. Es también reiteratorio del art. 52 del CCCN que remite a la acción preventiva del art. 1710 del CCCN, norma que entendemos resulta aplicable a publicaciones ilegales en Internet.

La obligación del proyecto del Senado ya está prevista, *por otra parte*, en el Código Penal vigente, en el art. 29, inc. 1º, que dispone “La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias”. Podemos entonces sostener que la propuesta del Senado especifica esta regla general dentro de una figura penal.

El problema es que la persona condenada posiblemente no podrá cumplir casi nada de lo ordenado. Una vez viralizado el contenido, es muy difícil de eliminar de Internet.

En algunos casos, por las acciones de quienes replicaron ya el material, y aun con la colaboración voluntaria de los intermediarios de Internet, sería casi imposible minimizar el daño. Habrá incluso publicaciones que estarán fuera de la jurisdicción del tribunal.

Coincidimos con la propuesta del Senado. Es moderno que el derecho penal trate de mitigar los efectos del delito y es legal, además, por la parte general del Código en su art. 29 que así lo ordena, y volver a reiterarlo expresamente en esta figura se impone por las especiales características de Internet.

## 4 Conclusiones

Es muy positivo que el Senado se haya preocupado por la problemática del *revenge porn*. Es un flagelo cada vez más común, como lo prueba la cantidad de casos que está

FONDO EDITORIAL

Novedades 2017



MAXIMILIANO N. G. COSSARI

COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Prevención y punición en la responsabilidad civil

ISBN 978-987-3790-45-4  
241 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004  
Compra online: [ventas@elderecho.com.ar](mailto:ventas@elderecho.com.ar)  
[www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar)

ocurriendo en la Argentina. También resaltamos el movimiento del derecho comparado, que ya ha penalizado estas acciones en 25 países y en 36 estados de Estados Unidos, donde también se está discutiendo la posibilidad de una ley a nivel federal<sup>(16)</sup>. Es posible que este año la Argentina se pueda sumar a los países que tutelan adecuadamente un aspecto de la violencia sexual en Internet. Esperamos que estas líneas ayuden a que sea una realidad.

**VOCES: INTERNET - INFORMÁTICA - TECNOLOGÍA - DAÑO MORAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - INTIMIDAD - PERSONA - DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER LEGISLATIVO - LEY - DELITO - DERECHO PENAL - DERECHO PENAL ESPECIAL - DERECHO PENAL GENERAL**

(16) PALAZZI, PABLO A., *Difusión no autorizada...*, cit.

JURISPRUDENCIA

Médico:

Responsabilidad: naturaleza de la obligación; principio general; carga de la prueba; culpa; cirujano plástico; cirugía embellecedora; consentimiento informado; deficiencias; irrelevancia del nivel sociocultural de la paciente.

Daños y Perjuicios:

Indemnización: requisitos; relación causal; incapacidad sobreviniente. Intereses: Tasa: cómputo.

- 1 – En materia de responsabilidad médica, y como consecuencia, el deber jurídico central asumido por el facultativo es, por lo general, de actividad y, en principio, incumbe al paciente (damnificado) la carga de demostrar la culpa de aquel (demandado). Esta conclusión hoy en día parece estar afianzada en el derecho vigente tras un fructífero debate doctrinal de más de tres lustros, puesto que en las aludidas obligaciones de actividad, cuya infracción genera responsabilidad subjetiva, el incumplimiento –cuando menos en el plano funcional– se conforma con la culpa, razón por la cual la demostración de esta entraña tanto como hacer patente aquel incumplimiento, al cual prima facie, debe ir dirigida la prueba.
- 2 – En materia de responsabilidad médica, no basta con revelar la mera infracción estructural –la causación del daño médico– para deducir sic et simpliciter el elemento subjetivo (culpa), aunque tal transgresión al alterum non laedere provoque antijuridicidad, que es asunto diverso.
- 3 – La obligación contraída por el médico no es de resultado sino de medios. No se compromete a sanar al enfermo, sino solamente a atenderlo con prudencia y diligencia, a proporcionarle todos los cuidados que, conforme a los conocimientos científicos que su título presume, son conducentes al logro de la curación, la que no puede asegurarse.
- 4 – Pero en el caso de la cirugía estética, si bien destacada doctrina entiende que se está ante una obligación de resul-

(13) Esta es la interpretación dada en España al novedoso art. 197.7. Ver GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, *Comentarios prácticos al Código Penal*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2015, t. II, pág. 672.

(14) Piense el lector en lo que se distribuye masivamente hoy en día en los grupos de Whatsapp.

(15) PALAZZI, PABLO A., *El delito de difusión...*, cit.



tado, ya que de no prometerse o asegurarse, al menos con cierto grado de certeza, un resultado feliz y realizable al paciente la experiencia indica que este difícilmente se sometería a ella, lo cierto es que, sin perjuicio de que la obligación del médico es la consecución de un fin, ello no significa indefectiblemente que toda operación de esta índole haga surgir, fatal o necesariamente, una obligación de resultado, ni que la sola no obtención del embellecimiento perseguido produzca responsabilidad objetiva del cirujano.

- 5 – Cuando se trata de simples correcciones para enaltecer la estética corpórea, la obligación que incumbe es de resultado, sin que tal aseveración resulte absoluta en los términos de imputabilidad matemática. Aun en los casos de cirugía puramente estética o embellecedora, sería en extremo simplista sostener que el médico siempre responde si no se logró el resultado esperado por la paciente –como si se tratara de una responsabilidad objetiva–, sin analizar y deslindar los distintos factores que coadyuvaron a que la práctica no fuera satisfactoria.
- 6 – Corresponde concluir que, en el caso, el consentimiento informado resultó incompleto, ya que la accionante aceptó una cirugía, mas no se le informaron los riesgos de ella. Y no corresponde restar importancia a la deficiencia informativa por parte del facultativo, aunque la actora sea una empresaria con activa participación en un ambiente de alto nivel adquisitivo, pues tal circunstancia no puede hacer concluir que ella no desconociera los riesgos a los que se exponía en un acto quirúrgico, dado que el médico tiene la obligación de informar detalladamente a su paciente, previo a la intervención quirúrgica, sus consecuencias –arts. 5º y 6º de la ley 26.742– y no viceversa, sin considerar su nivel sociocultural o económico.
- 7 – Para que el daño sea resarcible ha de ser cierto porque, de lo contrario, tendría lugar un enriquecimiento sin causa, a expensas del responsable y debe ser propio o personal del accionante. También debe estar en relación causal jurídicamente relevante con el hecho generador.
- 8 – Pese a que nuestro derecho sustantivo no lo define expresamente, al daño debe conceptuársele en sentido amplio como la lesión a intereses amparados por el ordenamiento, cuyo trascendido se evidencia en la minoración de valores económicos (daño patrimonial) o en alteraciones desfavorables en el espíritu (daño moral).
- 9 – Para que nazca el deber de reparar el daño causado a otro deben quedar suficientemente acreditados sus elementos comunes, que son antijuridicidad, relación de causalidad entre el daño y el hecho y los factores de atribución legal de responsabilidad. Por lo demás, la prueba del daño es esencial para la admisión judicial del resarcimiento, pues si bien es facultad de los jueces fijarlo aunque no resulte acreditado exactamente, debe siempre probarse la realidad del perjuicio. Ello así con fundamento en los arts. 512, 519/22, 902/906, 1066/9, 1074, 1077, 1078, 1079, 1083, 1084, 1085, 1109, 1113 y conchs. del anterior cód. civil, y los arts. 165, 377/8 y conchs. del cód. procesal civil y comercial.
- 10 – La indemnización por menoscabo físico emergente debe valorar la disminución de aptitudes o facultades, aunque esta no se traduzca en una disminución de ingresos, ya que aun la limitación para realizar en plenitud quehaceres domésticos o una actividad de relación social o familiar constituye un daño indemnizable por importar una lesión a la economía de la persona, o patrimonial indirecta, por lo que debe destacarse que los porcentuales de discapacidad no tienen tanta relevancia como cuando se trata de acciones fundadas en leyes de indemnización tarifada.
- 11 – Los intereses sobre las indemnizaciones otorgadas deben ser computados desde la fecha en que se produjo el daño, exceptuándose los gastos por daño material que deben correr a partir de su erogación a la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina hasta el 20 de abril de 2009, y desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. M.M.F.L.

59.447 – CNCiv., sala D, marzo 3-2017. – G., P. A. c. S., G. E. s/ daños y perjuicios.

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 3 días del mes de marzo de dos mil diecisiete, reunidos

en Acuerdo los señores jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “D”, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados “G. P. A. c/ S. G. E. s/ daños y perjuicios”, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara doctores Osvaldo Onofre Álvarez, Ana María Brilla de Serrat y Patricia Barbieri.

A la cuestión propuesta el señor juez de Cámara doctor Osvaldo Onofre Álvarez, dijo:

I. Por sentencia obrante a fs. 546/572 se hizo lugar a la demanda interpuesta y en consecuencia se condenó a G. E. S. y Estética Integral S.A. a abonarle a P. A. G. la suma de \$84.515,80, con más sus intereses y costas.

Apelaron las partes. La actora fundó sus censuras a fojas 590/597 y en primer lugar cuestiona que la sentencian- te –sin perjuicio de hacer lugar a la demanda– resolvió que la obligación asumida por el cirujano es de medios y no de resultado, como así también considerar que el consentimiento informado no aplica para pacientes con poder adquisitivo, influyendo en la cuantificación de los daños. Luego se queja de los montos fijados en concepto de incapacidad sobreviniente, gastos médicos y daño moral, por considerarlos reducidos. Por último cuestiona la tasa de interés fijada en el fallo recurrido.

El médico demandado, expresó agravios a fojas 599/606 y queja de la condena dispuesta por el juzgador. Sostiene al respecto, entre otras consideraciones que la paciente abandonó el tratamiento, y que existió un apartamiento de las reglas de la sana crítica, toda vez que no existió un daño. En subsidio impugna los diferentes rubros por considerarlos elevados.

La Aseguradora SMG Cía. Argentina de Seguros S.A., basamentó su recurso a fojas 607/609, y también se agravia de la condena dispuesta en la sentencia, impugnando la pericial médica. A fojas 610/615 la citada en garantía Noble Compañía de Seguros, presenta su memorial atacando la responsabilidad resuelta por el juzgador y subsidiariamente las inmunizaciones fijadas a favor de la actora.

Por último a fojas 617/623 Estética Integral S.A., cuestiona el fallo de grado, sostiene que la actora se fue de vacaciones en el período posoperatorio, que la técnica quirúrgica aplicada y el seguimiento posquirúrgico han sido los adecuados. Luego se queja de las cantidades asignadas en concepto de incapacidad sobreviniente, gastos médicos, gastos afrontados, daño moral, psicológico y tratamiento psíquico.

Preliminarmente es dable destacar que los jueces no se encuentran obligados a seguir a las partes en todos los planteamientos, ni evaluar la totalidad de los elementos probatorios agregados al expediente sino que sólo deben hacer mérito de aquellos que crean conducentes y de las articulaciones que juzguen valederas para la resolución de la litis (C.S.J.N. Fallos 258:304; 262:222; 272:225; 278:271 y 291:390 y otros más).

Asimismo, es dable destacar que en el terreno de la apreciación de la prueba, el juzgador puede inclinarse por lo que le merece mayor fe en concordancia con los demás elementos de mérito que puedan obrar en el expediente, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del magistrado.

#### II.1) RESPONSABILIDAD

Esta Sala tiene decidido que en materia de responsabilidad médica, y como consecuencia que el deber jurídico central asumido por el facultativo es por lo general de actividad y en principio incumbe al paciente (damnificado) la carga de demostrar la culpa de aquél (demandado). Esta conclusión –tal como lo sostuvo el doctor Bueres en reiterados votos como integrante de este Tribunal (v. gr.: 28/02/96, in re “G., F. M. y otro c/ Centro Médico Lacroze y otros”)– hoy día parece estar afianzada en el derecho vigente tras un fructífero debate doctrinal de más de tres lustros, puesto que en las aludidas obligaciones de actividad, cuya infracción genera responsabilidad subjetiva, el incumplimiento –cuando menos en el plano funcional–, se conforma con la culpa, razón por la cual la demostración de esta entraña tanto como hacer patente aquel incumplimiento –al cual *prima facie* debe ir dirigida la prueba– (Jordano Fraga, Francisco, “La responsabi-

lidad contractual”, Ed. Civitas, Madrid. 1987, pág. 170 y sstes.).

No basta, pues, con revelar la mera infracción estructural –la causación del daño médico– para deducir *sic et simpliciter* el elemento subjetivo (culpa), aunque tal trasgresión al *alterum non laedere* provoque antijuridicidad, que es asunto diverso (véase la opinión del doctor Alberto J. Bueres, en “Responsabilidad contractual objetiva”, JA 1989-II-964).

Este es un tema de prueba del incumplimiento funcional, el cual ante la falta de directivas en dirección diversa sigue el cauce natural por el que transita la obligación de actividad. Es que, en verdad, la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado tiene valor sustancial, dado que sirve para individualizar el factor de atribución: en las primeras el criterio de imputación es la culpa, mientras que en las últimas la responsabilidad es objetiva. Hay, pues, un relativismo de la clasificación, bajo la óptica del derecho adjetivo (la supuesta diversidad de las categorías por razón de la prueba) pues una obligación de medios no muda su naturaleza según el actor deba dar en juicio la culpa del demandado, o bien que éste, frente a la demostración del daño, tenga que liberarse mediante la prueba de su diligencia (cfr. opinión del doctor Bueres en “Responsabilidad Civil de las Clínicas y Establecimientos Médicos”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1981, págs. 975/977 y en “Aspectos generales de las responsabilidades profesionales”, “Revista Jurídica Delta”, n° 3, abril 1994, págs. 13/17).

Ahora bien, reiteradamente se ha dicho que la obligación contraída por el médico no es de resultado, sino de medios. No se compromete a sanar al enfermo, sino solamente a atenderlo con prudencia y diligencia, a proporcionarle todos los cuidados que conforme a los conocimientos científicos que su título presume, son conducentes al logro de la curación, la que no puede asegurar (conf. Trigo Represas, Félix, “Responsabilidad civil de los profesionales”, pág. 81).

Así el art. 20 de la ley 17.132 prohíbe a los profesionales que ejerzan la medicina anunciar o prometer la curación fijando plazos, anunciar o prometer la conservación de la salud (incisos 1 y 2).

Pero en el caso de la cirugía estética, destacada doctrina entiende que se está ante una obligación de resultado –como sostiene la actora en sus quejas– ya que de no prometerse o asegurarse, al menos con cierto grado de certeza, un resultado feliz y realizable al paciente, la experiencia indica que éste difícilmente se sometería a ella (conf. Bustamante Alsina J. “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, pág. 407; Trigo Represas F. A. “Responsabilidad Civil de los profesionales” págs. 117/8; Mosset Iturraspe, J. en “Responsabilidad por daños”, pág. 352, Bueres, “La responsabilidad civil de los médicos”, p. 367).

En mi opinión, y en cuanto a la cirugía estética, comparto el criterio de quienes sostienen que sin perjuicio de que la obligación del médico es la consecución de un fin, no significa que indefectiblemente toda operación de esta índole haga surgir, fatal o necesariamente, una obligación de resultado, ni que la sola no obtención del embellecimiento perseguido produzca responsabilidad objetiva del cirujano.

“Cuando se trata de simples correcciones para enaltecer la estética corpórea, la obligación que incumbe es de resultado, sin que tal aseveración resulte absoluta en los términos de imputabilidad matemática. Aun en los casos de cirugía puramente estética o embellecedora, sería en extremo simplista sostener que el médico siempre responde si no se logró el resultado esperado por la paciente –como si se tratara de una responsabilidad objetiva– sin analizar y deslindar los distintos factores que coadyuvaron a que la práctica no fuera satisfactoria” (Sala G, 10-10-03, elDial - AE1C86).

La actora expresó al demandar que el resultado de las prácticas negligentes del codemandado médico consistía en la presencia de inflamación, quemaduras y abultamiento en la zona abdominal que le produjo un daño estético corporal, sin perjuicio del moral. Aclara que debió acudir a otro facultativo de la medicina estética a los fines de reducir las negativas consecuencias que le había provocado la intervención quirúrgica practicada por el médico demandado.

En el caso que nos ocupa, se encuentra reconocido que la paciente se sometió a una cirugía programada, donde se



pretendía mejorar estéticamente la zona abdominal, realizando una lipoaspiración, mediante el sistema de ultrasonido VASER.

El perito médico legista designado en autos informó a fojas 397/402 que la actora, al examen presenta una irregularidad importante del pániculo adiposo abdominal **que se relaciona con el acto quirúrgico inicial**. Aclara el experto a fojas 423 que el sentido común indica que una segunda cirugía semejante a la primera no puede tener otro motivo que corregir o completar lo que la primera no hizo, sin perjuicio de además la descripción de la complicación con hematomas, edema y fibrosis que describe el médico demandado, eficaces por la producción del defecto cuestionado. Por último otra prueba cabal en punto a su conclusión, es el contenido de la historia clínica del segundo cirujano, en la cual realiza una descripción detallada del cuadro previo de la reclamante.

Con relación a si la aparición de inconvenientes puede estar influenciada por inobservancias a indicaciones médicas por parte de la actora, como ser los viajes que realizó –quejas de las demandadas– el experto fue claro y a fojas 438 señaló que **no surge incumplimiento en la etapa posquirúrgica inmediata**. Resalta el profesional que lo relatado en la historia clínica– obrante en la causa sobre diligencias preliminares– ha sido correcto, **pero los resultados posquirúrgicos no lo fueron** (el resaltado es de mi autoría). A mayor abundamiento no existe ninguna anotación en la historia clínica de la causa sobre diligencias preliminares (Exte. N° 33.799/2010), que dé cuenta de una directiva por parte del médico hacia su paciente desaconsejando tomar vacaciones o ausentarse del país.

Tampoco tuvo relación causal la falta de adhesión de la paciente a la utilización del vendaje durante sus vacaciones, como refiere el experto a fojas 426 vta., **“el defecto posterior a la cirugía depende de la cirugía realizada, el procedimiento no tiene relación con la utilización del vendaje sino con la remoción inadecuada del tejido graso o la organización de hematomas. Como fue descrito la resección irregular, tanto por realizada en distintos planos, removiendo diferentes volúmenes del tejido, sumado a la constitución de hematomas, son los responsables de las irregularidades motivo de la litis”**.

En cuanto al consentimiento informado, el profesional manifestó que resultó incompleto –ver fojas 398 vta.– agregando que la accionante aceptó una cirugía, mas no se le informaron los riesgos de la misma. Y sobre este punto, disiento con la primera juzgadora, en cuanto resta importancia a la deficiencia informativa por parte del facultativo, entendiendo que la actora siendo una empresaria, con activa participación en un ambiente de alto nivel adquisitivo, no podía desconocer sobre los riesgos a los que se exponía en un acto quirúrgico. Así pues, el médico tiene la obligación de informar detalladamente a su paciente previo a la intervención quirúrgica, las consecuencias de las mismas –arts. 5 y 6 de la ley 26.742– y no viceversa, sin considerar su nivel sociocultural o económico.

De lo hasta aquí expuesto se concluye, coincidiendo con la primera juzgadora, que el actuar del doctor S. no ha sido el adecuado, como tampoco el exigible, de conformidad con las reglas del arte propias a su profesión, prueba de ello es la experticia médica que resulta determinante cuando afirma que los resultados de la cirugía no fueron los correctos.

Por ello, y como ya lo adelantara, se rechazan las quejas y se confirma la sentencia de grado en todas sus partes.

## II.2) DAÑOS MATERIALES

Cuestiona la actora y las demandadas, obviamente por diferentes motivos la partida indemnizatoria fijada en el presente rubro.

Al demandar la actora reclamó los tratamientos secundarios que debió realizar para reducir los efectos del daño sufrido en la primera de las operaciones, como así también los honorarios abonados al Dr. L. por seis sesiones de ultracavitación, más la segunda cirugía de lipoaspiración, con los gastos de internación, quirófano, etc., que arrojan un total de \$11.264.

En primer lugar diré, que para que el daño sea resarcible ha de ser cierto porque, de lo contrario, tendría lugar un enriquecimiento sin causa, a expensas del responsable y debe ser propio o personal del accionante. También debe estar en relación causal jurídicamente relevante con el hecho generador.

Pese a que nuestro derecho sustantivo no lo define expresamente, al daño debe conceptuarse en sentido amplio como la lesión a intereses amparados por el ordenamiento, cuyo trascendido se evidencia en la minoración de valores económicos (daño patrimonial) o en alteraciones desfavorables en el espíritu (daño moral); cf. Alberto J. Bueres, “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”, en “Derecho de daños”, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1989.

Y para que nazca el deber de reparar el daño causado a otro, deben quedar suficientemente acreditados sus elementos comunes: antijuridicidad, relación de causalidad entre el daño y el hecho, y los factores de atribución legal de responsabilidad.

Por lo demás, la prueba del daño es esencial para la admisión judicial del resarcimiento, pues si bien es facultad de los jueces fijarlo aunque no resulte acreditado exactamente, debe siempre probarse la realidad del perjuicio.

Lo expuesto tiene fundamento en los artículos 512, 519/22, 902/906, 1066/9, 1074, 1077, 1078, 1079, 1083, 1084, 1085, 1109, 1113 y concordantes del anterior Código Civil, y los artículos 165, 377/8 y concordantes del CPCC.

En la sentencia recurrida se admitió la suma de \$4515,80 monto acreditado fehacientemente como desembolsado por la actora –conforme contestación del Sanatorio Anchorena obrante a fojas 366–.

Por ello, no habiendo la reclamante producido prueba alguna a los fines de autenticar la documentación expresamente desconocida por la demandada corresponde confirmar el monto fijado por la sentenciante, y rechazar las quejas vertidas por las partes.

## II.3) INCAPACIDAD SOBREVINIENTE

También se cuestiona por alto y por bajo respectivamente el monto asignado en la sentencia de grado.

Es sabido que la indemnización por menoscabo físico emergente debe valorar la disminución de aptitudes o facultades, aunque ésta no se traduzca en una disminución de ingresos, ya que aun la limitación para realizar en plenitud quehaceres domésticos o una actividad de relación social o familiar constituye un daño indemnizable por importar una lesión a la economía de la persona, o patrimonial indirecta.

También es conocido que los porcentuales de discapacidad no tienen tanta relevancia como cuando se trata de acciones fundadas en leyes de indemnización tarifada. Por tanto las objeciones de la demandada a los dictámenes periciales no son fundamentales, en tanto no lo son los cálculos numéricos insertos por los expertos.

En la experticia médica obrante a fojas 397/402 se consignó que las secuelas que presenta la actora son de orden estético, no funcional, estimándose en un 20 %, teniendo en cuenta que se trata de una mujer en situación de vida social activa y que encuentra un menoscabo para las actividades de tipo veraniego.

En relación al daño psicológico informó el experto que no puede establecerse una incapacidad toda vez que no se realizó el estudio complementario del psicodiagnóstico solicitado.

Ahora bien, para resolver el daño de la víctima tendré en cuenta sus condiciones personales al momento del daño denunciado, mujer de 48 años, que ocupa un cargo gerencial.

En mérito a lo expresado y habida cuenta de las condiciones personales de la víctima, las lesiones estéticas sufridas, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1068, 1086 –actualmente artículos 1746, 1737, 1739– y concordantes del Código Civil y 165 del CPCC, considero que el monto fijado en concepto de incapacidad sobreviniente a favor del actor –\$40.000–, resulta exiguo, por lo que propongo elevarlo a \$150.000.

## II.4) DAÑO MORAL

Entendido como compensación de la agresión a derechos inherentes a la persona, a efectos de otorgar la cantidad de dinero que es estimada justa a la forma inútil en que ocurrió el daño, su fácil evitación, las lesiones estéticas permanentes sufridas por el reclamante y su repercusión en su faz espiritual, considero que la cantidad fijada por el señor juez de grado –\$40.000– resulta reducida, por lo que propongo elevarla a \$60.000, monto reclamado en la demanda.

## II.5) INTERESES

La sentencia en estudio mandó liquidar intereses a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual venci-

## FONDO EDITORIAL

### NUEVOS TÍTULOS

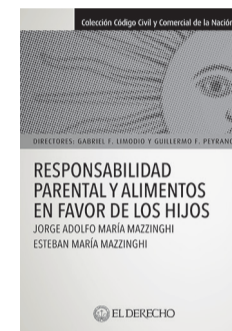
#### Colección “Código Civil y Comercial de la Nación”

##### Directores

DR. GABRIEL F. LIMODIO  
DR. GUILLERMO F. PEYRANO

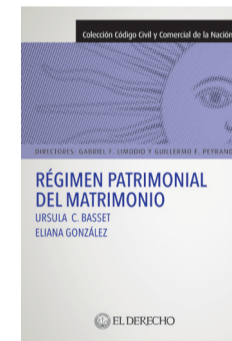
*“Concebida con rigurosa metodología y un criterio práctico, procurando brindar un instrumento de consulta ágil que armonice la preocupación científica con la problemática que plantea diariamente la actividad profesional, ante la reforma más importante del Derecho Privado argentino desde la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield”.*

•••



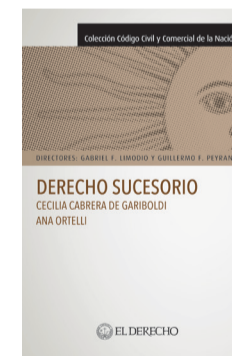
MAZZINGHI, JORGE A. M.  
MAZZINGHI, ESTEBAN M.  
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN  
**Responsabilidad parental y alimentos en favor de los hijos**  
ISBN 978-987-3790-42-3  
180 páginas

•••



URSULA C. BASSET  
ELIANA GONZÁLEZ  
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN  
**Régimen patrimonial del matrimonio**  
ISBN 978-987-3790-36-2  
262 páginas

•••



CECILIA CABRERA DE GARIBOLDI  
ANA ORTELLI  
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN  
**Derecho sucesorio**  
ISBN 978-987-3790-36-3  
362 páginas

•••



JULIO CÉSAR CAPPARELLI  
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN  
**Uniones no matrimoniales**  
ISBN 978-987-3790-38-6  
192 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004  
Compra online: [ventas@elderecho.com.ar](mailto:ventas@elderecho.com.ar)  
[www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar)



da a treinta días del Banco de la Nación Argentina y desde que se ocasionó el perjuicio –fecha de la primera cirugía– y hasta el efectivo pago de la condena, exceptuándose los gastos afrontados por la accionante, los que devengarán intereses desde la fecha de su erogación.

La actora cuestiona la tasa de interés fijada por la juzgadora.

En atención al criterio adoptado por mis colegas de Sala, propongo disponer que los intereses sobre las indemnizaciones otorgadas sean computados desde la fecha en que se produjo el daño (04/12/2008), exceptuándose los gastos por daño material, que correrán a partir de su erogación a la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina hasta el 20 de abril de 2009 y, desde entonces hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

### III. RESUMEN, COSTAS

Por lo expuesto, postulo admitir parcialmente las quejas de la actora y modificar la sentencia de grado en el siguiente sentido: a) se elevan a ciento cincuenta mil pesos (\$150.000) y a sesenta mil pesos (\$60.000) las indemnizaciones fijadas en concepto de incapacidad sobreviniente y daño moral respectivamente; b) los intereses sobre las indemnizaciones otorgadas se computan desde la fecha en que se produjo el detrimento (04/12/2008), exceptuándose los gastos por daño material, que correrán a partir de su erogación a la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina hasta el 20 de abril de 2009 y, desde entonces hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina; c) las costas de Alzada se imponen a las demandadas vencidas (conf. art. 68 del Código Procesal).

La regulación de honorarios de los profesionales intervinientes se difiere de conformidad con lo resuelto a fojas 572 vta.

Así lo voto.

Las señoras jueces de Cámara doctoras *Ana María Brilla de Serrat* y *Patricia Barbieri*, por análogas razones a las aducidas por el señor juez de Cámara doctor Osvaldo Onofre Álvarez, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, *se resuelve*: Admitir parcialmente las quejas de la actora y modificar la sentencia de grado en el siguiente sentido: a) elevar a ciento cincuenta mil pesos (\$150.000) y a sesenta mil pesos (\$60.000) las indemnizaciones fijadas en concepto de incapacidad sobreviniente y daño moral respectivamente; b) los intereses sobre las indemnizaciones otorgadas se computan desde la fecha en que se produjo el detrimento (04/12/2008), exceptuándose los gastos por daño material, que correrán a partir de su erogación a la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina hasta el 20 de abril de 2009 y, desde entonces hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina; c) imponer las costas de Alzada a las demandadas vencidas.

La regulación de honorarios de los profesionales intervinientes se difiere de conformidad con lo resuelto a fojas 572 vta.

Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2º párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional.

Notifíquese por Secretaría y devuélvase. – *Osvaldo O. Álvarez*. – *Ana M. Brilla de Serrat*. – *Patricia Barbieri*.

## Daños y Perjuicios:

*Compensatio lucro cum damno*: aplicación oficiosa; sentencia; principio de congruencia.

1 – *No es incongruente la sentencia que, en forma oficiosa, dispuso descontar de la indemnización otorgada al arrendatario actor el valor de los arrendamientos adeudados, utilizando la figura de la compensación del lucro con el daño, por no haber podido levantar la cosecha ante la acción antijurídica del arrendador demandado, pues si bien el incumplimiento*

*contractual en que incurrió el accionado le generó al arrendatario los daños y perjuicios analizados en el mencionado decisorio, al mismo tiempo le trajo aparejada la ventaja de que, en ese marco conflictivo, no pagó los correspondientes arrendamientos, por lo cual tienen lugar en la especie todos los recaudos exigidos para la aplicación de la compensatio lucro cum damno, en tanto que el beneficio que tuvo el arrendatario provino del mismo hecho generador del daño, ya que el incumplimiento contractuales la causa adecuada de esa ventaja.*

2 – *La reparación no puede ir más allá del daño causado al damnificado y, desde una perspectiva estrictamente resarcitoria, el perjuicio no puede constituirse en una fuente de lucro indebido para el perjudicado y en factor correlativo de expropiación para el dañador. Esta premisa básica, que debe ser valorada con la relatividad que imponen estas aseveraciones, nos conduce casi naturalmente a lo que ocurre a veces, en que un ilícito (extracontractual o contractual) provoca no solamente un perjuicio en el patrimonio del damnificado, sino también, al mismo tiempo, un beneficio o ventaja que deriva directamente de aquel.* R.C.

59.448 – CApel.CC Azul, sala II, marzo 7-2017. – M., P. A. c. T., L. Á. s/daños y perjuicios. Incumplimiento contractual (exc. Estado).

En la ciudad de Azul, a los 07 días del mes de marzo del año dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores Víctor Mario Peralta Reyes y María Inés Longobardi, encontrándose en uso de licencia al momento del sorteo el Dr. Jorge Mario Galdós (arts. 47 y 48 Ley 5827 – resolución SCBA n° 11.005 del 01-11-16), para dictar sentencia en los autos caratulados: “M. P. A. c/ T. L. Á. s/ Daños y Perjuicios” (Causa N° 61.524), habiéndose procedido oportunamente a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: Dr. Peralta Reyes - Dra. Longobardi.

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones:

1era. ¿Corresponde decretar la deserción del recurso de apelación deducido por la parte demandada a fs. 277?

2da. ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 263/269?

3era. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Señor Juez Dr. *Peralta Reyes*, dijo:

Contra la sentencia dictada a fs. 263/269, interpuso recurso de apelación el demandado L. Á. T. (fs. 277), el que fue concedido libremente mediante auto de fs. 280.

Elevados los autos a la Alzada se dicta la providencia de fs. 295, por la que se manda expresar agravios de conformidad a lo dispuesto por el art. 254 del Cód. de Proc.

El informe de Secretaría que obra a fs. 305, da cuenta del vencimiento del término legal en el cual el apelante de fs. 277 debía dar cumplimiento a dicha carga procesal, sin haberlo hecho.

Sentado lo expuesto, no habiendo el apelante presentado el escrito de expresión de agravios dentro del término legal que para ello tenía (conf. informe de fs. 305), corresponde declarar desierto el recurso de apelación deducido por la demandada (art. 261 del C.P.C.C.).

Así lo voto.

A la misma cuestión, la Dra. *Longobardi* adhiere al voto precedente, votando en igual sentido por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión, el Señor Juez Dr. *Peralta Reyes*, dijo:

I. En la sentencia dictada en la anterior instancia se hizo lugar a la demanda por incumplimiento contractual e indemnización de daños y perjuicios promovida por P. A. M. contra L. Á. T., condenándose a este último a abonarle al primero la suma de \$226.674, con más los respectivos intereses a partir del día 8 de mayo de 2012, a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósitos a plazo fijo digital a treinta días (fs. 263/269). Dada la deserción del recurso deducido por la parte demandada, que se decretó en la cuestión anterior, sólo resta por tratar el recurso de apelación interpuesto por el actor (fs. 270), el cual ha sido fundado mediante la expresión de agravios de fs. 300/303 vta. En los puntos si-

guientes haré referencia a las motivaciones medulares del decisorio apelado, las que relacionaré con las peticiones contenidas en la demanda, a los fines de dar adecuada respuesta a la cuestión litigiosa traída a esta alzada.

1. Para sentar la aludida conclusión se sostuvo en la sentencia que, con la prueba testimonial aportada, el actor ha probado ciertos aspectos que hacen a su versión de los hechos, concretamente, **que en calidad de arrendatario recibió una fracción de tierra del demandado L. Á. T. (arrendador), a los fines de realizar el sembradío de papa (3 ha) y soja (8 ha)** (fs. 267 vta., primer párrafo). Así puede observarse que, en su escrito de demanda, el actor afirmó que el demandado le cedió en arrendamiento **tres hectáreas para la siembra de papa**, fijándose el valor de este arriendo en la suma de \$1712 por hectárea, lo que hacía un total de \$5136; mientras que **las restantes 8 hectáreas fueron sembradas con soja**, contra el pago del 30 % del bruto de cosecha de este cereal (fs. 45, párrafos primero y segundo). Continuó afirmando el actor en su demanda que la relación fue normal hasta el día 27 de abril de 2012, puesto que para la explotación de papa fue G. A. a colocar un equipo de riego (alquilado por el actor a la Sra. O. B. G. de D. L.), mientras que el demandado vio cómo se sembró la papa y la soja, dado que vive en el predio y tiene animales porcinos, equinos y lanares (fs. 45, párrafos tercero y quinto).

2. Exponiendo el conflicto que dio inicio al presente juicio, sostuvo el actor en su demanda que **el demandado le cerró la tranquera del establecimiento con candado**, cuando sólo se habían cosechado 1,5 hectáreas de papa y estaba pendiente de retirar el resto del sembrado, habiendo quedado dentro del lugar todos los elementos de trabajo llevados por el accionante (herramienta, bomba para riego, casilla de trabajo). Dijo el actor que con la colocación del candado el demandado le causó un grave perjuicio, porque interrumpió la cosecha de papa y soja (fs. 45/45 vta.). Más adelante expresó el accionante que el resto del sembrado de papa y soja que quedó en el campo, fue comido por los cerdos, equinos y lanares que soltaron el demandado y su empleado (fs. 47/47 vta.).

En la sentencia apelada se tuvo por corroborado el accionar ilícito de quien debe procurar el acceso al uso y goce del predio (arrendador), al haberse cerrado el mismo con candado para impedir el ingreso. También se tuvo por corroborado que el demandado dejó librado al accionar de los animales los plantíos y sembradíos de papa y soja. Se dijo que el daño se produjo por la imposibilidad de levantar una hectárea y media de una papa cuyo rinde podría catalogarse de normal, con el consecuente daño de no poder venderla al precio del momento (abril/mayo/junio de 2012). Respecto de la soja se sostuvo que la imposibilidad de levantarla se produjo en la totalidad de las 8 ha, comprometidas a tal fin. Se consideró que el demandado con su accionar ha incumplido el contrato de arrendamiento accidental, al haber colocado un candado que impidió el acceso al predio, con la consecuente imposibilidad de acceder a recoger los frutos sembrados, y con el agravante de haber permitido el ingreso de animales que arruinaron los cultivos (fs. 267 vta./268).

3. Al precisarse los perjuicios causados por el accionar del demandado, se formularon en la demanda las siguientes consideraciones: 1) Se dijo que la **papa con riego** tiene una producción promedio de 2100 bolsas por hectárea, o sea que por una hectárea y media se produjo un perjuicio de **3150 bolsas**, estimándose un valor por bolsa de entre \$70 y \$120 (fs. 47/47 vta., punto 1). 2) En lo que respecta a las 8 hectáreas de **soja de primera** que fueron comidas por los animales del accionado, se estimó un perjuicio por no poder levantar la cosecha de **24.000 kg**, a razón de **3000 kg por hectárea**. Se precisó que a dicho kilaje hay que descontarle el 30 % pactado en concepto de alquiler, o sea el equivalente a **8100 kg**, quedando un perjuicio por **18.900 kg de soja**. Se señaló que en ese momento el precio de la tonelada de soja ascendía a \$1950, importe que hay que multiplicar por **18,9 toneladas** (fs. 47 vta., punto 2). 3) Dado que según el actor quedó retenida en el campo la **casilla de trabajo** que se denomina rancho, se dijo que ello le impidió ir a trabajar a otra parte, o bien tener que alquilar otra casilla para realizar otra tarea, estimándose el valor de este alquiler en la suma de \$15.000 (fs. 47 vta., punto 3). 4) El cuarto rubro que no se cuantificó versó sobre la imposibilidad de retirar la bomba de riego instalada en el lugar, puesto que la misma habría sido alquilada por



el actor a la Sra. O. B. G. de D. L. e instalada por el poce-ro G. A. Se sostuvo que el perjuicio se genera porque finaliza el contrato de alquiler y tiene que devolver el equipo (fs. 47 vta./48, punto 4).

En la sentencia apelada se realizó un análisis de los rubros indemnizatorios pretendidos por el actor (fs. 268/268 vta.), comenzándose con el **daño derivado de la imposibilidad de cosechar la papa de una hectárea y media**, que fue estimado en la demanda en **3150 bolsas**, a un valor por bolsa que oscilaba entre **\$70 y \$120**, tal como quedó reseñado en el párrafo anterior. Luego de valorar la prueba testimonial y pericial rendida en el proceso, señaló el juzgador que debe receptarse el valor límite peticionado por el actor de **3150 bolsas** (fs. 268, punto F.1, cuarto párrafo). Y tras formular diversas consideraciones en torno al valor de la bolsa de papa, estableció el mismo en la suma de **\$75**, considerando la fluctuación de mercado que puede haber para este tipo de bienes, sobre todo dependiendo en los lugares que se venda, del volumen de venta, la estación del año y la oferta/demanda (fs. 268, punto F.1, párrafos quinto y sexto). Sobre la base de estas consideraciones, concluyó el juzgador en que el resultado final del daño asciende a la suma de **\$236.250, al cual debe descontarse el precio del arrendamiento que asciende a u\$s2100, a la cotización oficial del día de la sentencia, a liquidarse en la etapa procesal oportuna, si bien se tomó como referencia un dólar oficial presuntivo equivalente a \$15, que no sería vinculante al momento del pago** (fs. 268 vta., primer párrafo; aclaro que se destaca en negrita este aspecto de la sentencia, pues en esta cuestión se centra la expresión de agravios de la parte actora).

Seguidamente, se procedió a cuantificar el **daño por las 8 hectáreas de soja que no pudieron ser cosechadas**, debiendo recordarse que el reclamo del actor fue a razón de 3000 kg por hectárea, lo que hacía un total de 24.000 kg, descontándose el 30 % correspondiente al valor del arrendamiento, por lo que el perjuicio quedaba reducido a 18.900 kg, a razón de \$1950 la tonelada de soja (véase la reseña efectuada *supra*). En la sentencia apelada se redujeron estos valores teniendo en cuenta la prueba producida en autos, y se concluyó en que el rinde promedio de una soja de primera es de **2700 kg por hectárea**, lo que se multiplicó por **8 ha** y por un precio de **\$1450 la tonelada de soja**. Se arribó, de este modo, a un valor de **\$31.320**, por lo que descontándose un **30 % del valor pactado del arriendo**, se estableció el monto del daño en la suma de **\$21.924** (fs. 268 vta., punto F.2).

En la parte final de la sentencia se desestimó la pretendida reparación por la retención de la casilla (rancho), por no haberse producido prueba alguna (fs. 268 vta., punto F.3).

II. Tal como ya lo anticipé, el decisorio de la anterior instancia ha quedado impugnado –únicamente– por vía del recurso de apelación deducido por la parte actora (fs. 270), quien expresó sus agravios a fs. 300/303 vta. En efecto, al tratarse la primera cuestión de esta sentencia se tuvo por desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (arts. 260 y 261 del Cód. Proc.).

Y el único agravio dirigido por el actor contra la sentencia de la anterior instancia, está centrado en la denunciada violación del principio procesal de congruencia. Según el planteo del apelante, del monto indemnizatorio derivado de la imposibilidad de cosechar la papa de una hectárea y media, **se descontó en forma improcedente el importe del alquiler de esa parte del predio, ya que ello no fue pedido en la demanda, ni tampoco fue introducido por el demandado por vía de reconversión** (fs. 302 vta.). Así adujo el recurrente, más adelante: *“En consecuencia, lo que falle el a quo está fuera de lo planteado en la demanda y la contestación de demanda, es más el accionado no reconvino, lo que cierra cualquier decisión fuera del marco que le puso a la litis el reclamo del actor y la defensa del accionado por ello, corresponde revocar la sentencia de primera instancia, que resuelve descontar del daño reclamado los alquileres, no reclamados, por el alquiler de la tierra del sembrado de papa”* (fs. 303, segundo párrafo). En virtud de ello, se solicitó la revocación de la sentencia y el mantenimiento del impor-

te de los daños determinados, sin descontar el precio del arrendamiento, dado que el accionado no lo ha solicitado (fs. 303 vta.).

Habiéndose llamado autos para sentencia (fs. 306) y practicado el sorteo de rigor (fs. 307), ha quedado el expediente en condiciones de ser examinado a los fines del dictado de este pronunciamiento.

III. Conforme quedó indicado en los apartados anteriores, la cuestión traída a esta alzada se limita al único agravio articulado por el actor, **quien sostiene que de la indemnización por imposibilidad de cosechar la papa de una hectárea y media (que se cuantificó en la sentencia en la suma de \$236.250), no debe descontarse el precio del arrendamiento del campo**, porque ello no fue pedido en la demanda, ni planteado por el accionado por vía de reconversión. Aduce, en suma, que en el pronunciamiento de grado se ha transgredido el principio de congruencia (arts. 34 inciso 4 y 163 inciso 6 del Cód. Proc.).

1. Debe puntualizarse, en primer término, que los hechos que dieron lugar al presente juicio se cumplieron durante la vigencia del derogado Código Civil, sienta ésta, en consecuencia, la norma aplicable (art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación). De todas maneras, el código actualmente vigente no contiene una regulación sustancialmente distinta a la de su antecesor, de allí que en el subcaso no se plantee una cuestión de derecho transitorio; más aún, las prescripciones del Código Civil y Comercial sirven de valiosa guía interpretativa, y ese será el sentido de las citas que se volcarán en el decurso del presente voto.

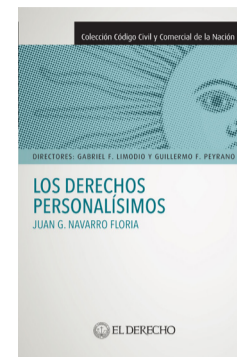
2. Si se recalca en los escritos liminares del proceso se advierte que las partes discrepan sobre el valor del arrendamiento. En su demanda, el actor manifestó: *“Se había pactado verbalmente por ser una pequeña extensión la suma de un mil setecientos doce pesos (\$1712), la hectárea, lo que hacía un total de arriendo por las 3 ha de papa de pesos cinco mil ciento treinta y seis (\$5136)”* (fs. 45, primer párrafo). La versión del demandado fue sustancialmente distinta, habiendo expresado con relación a la siembra de papa: *“La fecha de inicio pactada fue el 10 octubre 2011, y la fecha de entrega del predio y/o campo, el 30/04/2012. El precio que fijamos en forma conjunta con M. era de u\$s900 (el dólar americano estaba en ese momento a \$4,20 por cada un dólar) la hectárea (lo que arroja el precio total de u\$s2700, dólares americanos dos mil setecientos), pagaderos la mitad del precio en el mes de febrero de 2012 y el resto en fines de abril 2012 al término de la cosecha”* (fs. 82, primer párrafo).

Pues bien, la temática relativa al precio del arriendo fue zanjada en la sentencia apelada, donde se señaló lo siguiente: *“Respecto de la obligación de pagar el precio por el uso y goce, siendo una prestación a cargo del actor, el demandado no ha arribado ningún elemento convictivo que haga a la postura esbozada en su responde. Pero el actor tampoco ha probado que el precio pactado se alejara sustancialmente del predio de mercado. Conforme a la pericia presentada a fs. 245, fijo el precio de alquiler de las hectáreas para papa en la suma de u\$s700”* (fs. 267 vta., anteúltimo párrafo). Fue así que al descontarse el precio del arrendamiento del monto de este rubro indemnizatorio, dicho descuento se estableció en **u\$s2100**, precisamente, por ser tres hectáreas las afectadas a la siembra de papa (fs. 268 vta., primer párrafo). Sólo resta aclarar que este monto en moneda extranjera fue convertido a pesos en función de la cotización del día de la sentencia, a los solos fines de establecer el monto de condena. De allí que a la indemnización de **\$236.250** se le descontó la suma de **\$31.500**, tal como lo advirtió el apelante a fs. 302 vta., si bien en el decisorio no se explicitó la cuantificación del descuento en pesos.

3. Clarificado, entonces, el monto del descuento correspondiente al importe del arrendamiento, se impone adentrarse en lo relativo al pago del mismo, esto es, definir si el canon fue o no pagado por el actor en su calidad de arrendatario. Esta cuestión resulta decisiva, pues **si el valor del arrendamiento no fue pagado por el actor, es de toda justicia que el mismo sea descontado de la indemnización que debe percibir**, pues, en caso contrario, se estaría

## FONDO EDITORIAL

### Novedades



JUAN G. NAVARRO FLORIA

COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

**Los derechos personalísimos**

ISBN 978-987-3790-44-7  
229 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004  
Compra online: [ventas@elderecho.com.ar](mailto:ventas@elderecho.com.ar)  
[www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar)

consagrando un enriquecimiento sin causa de quien fue damnificado por el incumplimiento contractual. Me explicaré en los desarrollos siguientes.

Aquí es menester recalcar en los escritos constitutivos de la litis, para desentrañar la forma en que las partes dejaron planteadas sus respectivas posiciones, a la vez que será necesario examinar las facultades con que cuenta el juez en orden a la determinación del resarcimiento. A la luz de

## EDICTOS

### CIUDADANÍA

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia Civil y Comercial Federal N° 9, Secretaría N° 17, sito en Libertad 731 piso 6°, Capital Federal, en los autos: “VASQUEZ BOZA BRAYHAN JHOSELYN S/ CARTA DE CIUDADANIA”, de nacionalidad PERUANO, nacido el 23/11/1989, en CHIMBOTE, DEL PANTIA, PERU, con DNI 94.586.476. Se publica para que cualquier persona –a través del Ministerio Público– formule objeciones que pudiesen obstar al otorgamiento del beneficio. Buenos Aires, cuatro de abril de 2017. **Eduardo Muzio**, sec.

L. 18-4-17. V. 19-4-17 6008

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 20, sito en Libertad 731 9° Piso de esta ciudad, informa que la Sra. MAZAR ALAJORI de nacionalidad SIRIA con D.N.I. N° 95.175.446 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días. Buenos Aires, 25 de septiembre de 2015. **Guillermo Aterio**, sec.

L. 19-4-17. V. 20-4-17 6011

### REMATES

ALEJANDRO GIL  
El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil 24, a cargo de la Dra. **Alejandra D. Abrevaya**, Secretaria Única, a mi cargo, sito en Talcahuano 550, 6° piso, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comunica por 2 días en autos “CONS. DE PROPIETARIOS PALESTINA (EX RAWSON) 742/44 c/ SPORT TV SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA s/ EJECUCIÓN DE EXPENSAS”, nro. 22.410/99, que el martillero **Alejandro Gil** subastará el 25/04/17, a las 10:15, en la Oficina de Subastas Judiciales, sita en Jean Jaures 545, de esta ciudad, el inmueble ubicado en Palestina (ex Rawson) 742/44, unidad funcional 1, planta baja, FR 7-1060/1, de esta ciudad. Según el informe de constatación del martillero de fecha del 15/12/16, el inmueble está desocupado desde hace aproximadamente 5 años, lleno de tierra y telas de araña, con restos visibles de roedores; en su interior se verificó la instalación de un negocio del tipo de almacén, compuesto por un exhibidor, 2 heladeras mostrador, 1 ventilador, un aparador tipo vestidor con ropa, un lavarrapas y mercadería que visiblemente está fuera de uso y vendida; que se ingresa al lugar en forma inde-

pendiente por una puerta en el fondo del palier del edificio. Allí hay un corredor y una puerta, que comunican al fondo del local, que es un depósito con 2 baños desmantelados y fuera de uso, y más allá un patio que da al pulmón del edificio. Por la puerta lateral de entrada se ingresa al local propiamente dicho, con el acceso a un antebañito y 2 baños. En el frente hay una cortina metálica que cubre toda la entrada, con vidriera y puerta de acceso. El local está desocupado, en buenas condiciones de conservación, pero en estado de abandono. Venta al contado, en dinero en efectivo y al mejor postor. BASE: \$4.300.000. Señal 30%. Comisión: 3%. Arancel 0,25% a cargo del comprador. DEUDAS: ABL: \$172.718,88 con intereses al 27/8/2016; OSN: 923,48 al 23/6/2016. AySA SA. \$44.149,82 con intereses al 13/7/2016; AGUAS ARGENTINAS: \$2.289.579,28 con intereses al 6/1/2017. Expensas: \$428.869 a marzo de 2017. Importe último período informado: marzo/2017 por \$8197 y \$4590 (extraordinarios). El comprador deberá constituir domicilio, bajo apercibimiento de que las sucesivas notificaciones se le darán por cumplidas en la oportunidad prevista en el Art. 133 del CPCyCN. El saldo de precio deberá ser depositado dentro del quinto día de aprobado el remate sin necesidad de intimación alguna, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Art. 580 del Código Procesal. Se deja constancia de que el rematador deberá identificar, antes de comenzar el acto, de ser necesario con auxilio de la fuerza pública, a los asistentes por su nombre y documentación y, en caso de que manifiesten que actúan por poder, consignará el nombre y la identificación del mandante con exhibición del instrumento del poder respectivo, con individualización de la escritura por número y fecha, y referencia al notario autorizante, bajo la prevención de que no se admitirán ofertas que no cumplan con tales requisitos. El auxiliar, en cumplimiento de lo anterior, confeccionará una lista fechada y suscripta por él, la que acompañará a las actuaciones en ocasión de rendir cuentas del remate. Asimismo, se deja establecido que, bajo responsabilidad del martillero actuante, una vez comenzado el remate no estará autorizado el ingreso de nuevas personas al recinto. Publíquense edictos por dos días en el Boletín Oficial y en El Derecho. Exhibición los días 20 y 21/4/17 de 10 a 12hs. Mayores informes al Martillero al correo: [alejandrogil@live.com.ar](mailto:alejandrogil@live.com.ar). Y móvil 15-6052-2532. Buenos Aires, 7 de abril de 2017. **Maximiliano J. Romero**, sec.

L. 18-4-17. V. 19-4-17 6010





# EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1  
Tucumán 1436/38 (1050) Capital Federal

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

TEL. / FAX: 4371-2004 (líneas rotativas)

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

estos elementos, podrá apreciarse si en el caso se ha transgredido el principio de congruencia, tal como lo plantea el apelante en su escrito recursivo.

En su escrito de contestación de demanda, el arrendador L. Á. T. afirmó, en forma categórica, **que el arrendatario accionante no le pagó el canon locativo**, formulando expresa reserva de reclamarle dicha acreencia (fs. 82 vta., quinto párrafo, fs. 83 *in fine*). Por su parte, en su demanda, **el arrendatario P. A. M. nada dijo al respecto**, manteniendo un llamativo silencio sobre este aspecto de la litis que resultaba gravitante (fs. 44 vta./45). Mas, a mi juicio, el esclarecimiento de este punto surge de un instrumento adjuntado a la demanda por el propio actor y, como tal, integrante de esta pieza inicial del proceso (arts. 330, 332 y ccs. del Cód. Proc.). En efecto, resulta trascendente la **carta documento** que M. le remitió a T. con fecha 22 de mayo de 2012 (fs. 9/10), donde luego de negar el valor del arriendo reclamado por este último y reafirmar el monto contractual que a su juicio era el correcto (\$1712 por ha), **dejó perfectamente en claro –de un modo tácito– que el arrendamiento no fue pagado** (arts. 913, 914, 918 y ccs. del Cód. Civil). Así expresó M.: **“Su mala fe la demandaré judicialmente y para abonar la suma de \$1712 por ha, debe presentar su inscripción impositiva, caso contrario se retendrán las alícuotas pertinentes”**. Y más adelante, en este mismo envío postal, se observa otro párrafo por demás esclarecedor, que sirve para sellar la suerte adversa del recurso de apelación intentado: **“La cosecha de papa fue finalizada por su accionar temerario y malicioso al largar cerdos, ovejas y equinos en el sembrado de papa y soja, lo que ha generado el perjuicio oportunamente reclamado. En mérito a ello retendré el valor del alquiler para compensar oportunamente con los daños ocasionados”** (ver instrumento de fs. 10).

4. Se desprende de todo lo expuesto, que en la referida carta documento el actor dejó en claro que retenía el valor del alquiler para compensarlo oportunamente con los daños ocasionados. Mas, colocándose en contradicción con sus propios actos deliberados, plenamente válidos y jurídicamente relevantes (art. 1198, primer párrafo, del Cód. Civil), **el actor ha cuestionado –en esta instancia recursiva– que el juzgador procediera a realizar la compensación que él mismo dejó planteada en su envío postal de fecha 22 de mayo de 2012**. Como puede advertirse, este planteo del accionante debe ser desestimado.

Por lo demás, la compensación efectuada por el *a quo* se encuentra ajustada a derecho, quedando encuadrada en lo que la doctrina denomina **compensación del lucro con el daño**. Señala al respecto Zavala de González: **“Acorde con el principio de reparación integral, corresponde resarcir todo y no más que el daño causado adecuadamente por el hecho imputable al obligado. Por tanto, en la determinación del perjuicio resarcible deben excluirse los beneficios que también guardan esa relación causal adecuada con el suceso fuente. Este otro principio, nominado como compensación del lucro con el daño, evita el enriquecimiento injustificado de la víctima y el exceso en el peso de la indemnización a cargo del responsable”** (Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños, tomo 4, pág. 459).

En un mismo sentido expresan Pizarro y Vallespinos, **“que la reparación no puede ir más allá del daño causado al damnificado. Desde una perspectiva estrictamente resarcitoria el perjuicio no puede constituirse en una fuente de lucro indebido para el perjudicado y en factor correlativo de expoliación para el dañador. Esta premisa básica, que debe ser valorada con la relatividad que imponen estas aseveraciones, nos conduce casi naturalmente al tema que nos ocupa. Ocurre a veces que un ilícito (extracontractual o contractual) provoca no solamente un perjuicio en el patrimonio del damnificado, sino también, al mismo tiempo, un beneficio o ventaja que derivan directamente de aquél. En tal caso procede la compensación del lucro con el daño (compensatio lucro cum dam-**

**no), expresión que debe ser entendida en sentido impropio y figurado y no con rigor técnico, pues no se trata estrictamente de una compensación con el alcance técnico que surge del art. 818 y siguientes, toda vez que no advertimos aquí la presencia de créditos y deudas recíprocos, entre ambos protagonistas. Lo que aquí sucede es algo distinto: el término ‘compensación’ está tomado en sentido vulgar, pues de lo que en verdad se trata es de confrontar y computar, a la hora de la determinación del daño, todas las consecuencias, favorables y desfavorables, que derivan del hecho generador, lo cual impone una valoración amplia de ambos aspectos, a la que está obligado el juez a la hora de resolver”** (Instituciones de derecho privado, Obligaciones, tomo 3, págs. 177 y 178; lo destacado en negrita me pertenece).

Transportando los conceptos antedichos al caso de autos, es evidente que si el contrato de arrendamiento accidental se hubiera cumplido normalmente, el arrendatario (aquí accionante) debería haber pagado el respectivo canon por el uso del predio. Pues bien, el incumplimiento contractual en que incurrió el arrendador (aquí demandado), le generó al arrendatario los daños y perjuicios analizados en la sentencia apelada, pero, al mismo tiempo, **le trajo aparejada la ventaja de que, en ese marco conflictivo, no pagó los correspondientes arrendamientos, tal como ha quedado acreditado en autos** (arts. 330, 332, 354, 375, 384 y ccs. del Cód. Proc.). O sea que se dan en la especie todos los recaudos exigidos para la aplicación de la *compensatio lucro cum damno*, puesto que **el beneficio que tuvo el arrendatario provino del mismo hecho generador del daño, siendo el incumplimiento contractual la causa adecuada de esa ventaja** (Pizarro-Vallespinos, ob. cit. págs. 178 y 179).

Dentro del esquema que vengo desarrollando se inscribe la respuesta que corresponde darle al agravio esbozado por el apelante. En efecto, como señalé precedentemente, la aplicación de la *compensatio lucro cum damno* se hace efectiva en el **proceso de determinación del daño por parte del magistrado**, donde se deben valorar todas las consecuencias, favorables y desfavorables, que derivan del suceso dañoso (arts. 519, 520, 1067, 1068, 1069, 1083 y ccs. del Código Civil; arts. 165, 375, 384, 474 y ccs. del Cód. Proc.). Y en esta faena del juez es menester ponderar todos los elementos aportados a la causa, con arreglo a las pretensiones de las partes, y con aplicación de las normas vigentes y de los principios y valores jurídicos, de forma coherente con todo el ordenamiento (arts. 1, 2, 1716, 1728, 1737, 1738, 1739, 1740, 1742, 1794 del Código Civil y Comercial, utilizable como pauta hermenéutica, destacándose que en el último de los artículos citado se incorpora en forma expresa la figura del enriquecimiento sin causa; arts. 34 inciso 4, 163 inciso 6 y ccs. del Cód. Proc.).

De allí que, con máxima claridad, ha sostenido Zavala de González en concreta referencia a la materia que nos ocupa: **“El principio iura novit curia se aplica también en la fijación del alcance del daño, pues deben ser excluidos, inclusive oficiosamente, los posibles beneficios que la víctima ha obtenido a raíz del mismo hecho (por ejemplo, los gastos ahorrados en la actividad por cuya interrupción se demanda por lucro cesante). Ello es así porque la apreciación en concreto del daño exige atender y comparar las consecuencias perjudiciales y las beneficiosas derivadas del mismo hecho, es decir, deducir estas ventajas para obtener, a título residual, el daño resarcible (si es que queda alguno). Dado que el magistrado debe determinar si se configuran o no los presupuestos sustanciales de la acción, aquella evaluación compensatoria se impone de oficio, aun cuando no la haya pedido el responsable”** (Resarcimiento de daños, El proceso de daños, tomo 3, pág. 287).

IV. Las consideraciones hasta aquí expuestas me llevan a propiciar la confirmación de la sentencia apelada de fs. 263/269, en lo que ha sido materia de agravio; debiendo

## COLUMNA LEGISLATIVA

### Legislación Nacional

Decreto 246 de abril 10 de 2017 - **Espectáculos Públicos**. Deportes. Ley. Violencia en Espectáculos Deportivos. Seguridad Pública. Régimen Penal y Contravencional para la Prevención y Represión de la Violencia en Espectáculos Deportivos. Ley del Deporte. Reglamentación (B.O.: 11-4-17).

Próximamente en nuestros boletines EDLA.

imponerse las costas de alzada al apelante que ha sido vencido en la etapa recursiva (art. 68 del Cód. Proc.).

Así lo voto.

A la misma cuestión, la Dra. *Longobardi* adhiere al voto precedente, votando en igual sentido por los mismos fundamentos.

A la tercera cuestión, el Señor Juez Dr. *Peralta Reyes*, dijo:

Atento a lo que resulta del tratamiento de la cuestión anterior, se resuelve: 1) Decretar la deserción del recurso de apelación deducido por la parte demandada a fs. 277; 2) Confirmar la sentencia apelada de fs. 263/269, en lo que ha sido materia de agravio; 3) Imponer las costas de alzada al apelante que ha sido vencido en la etapa recursiva (art. 68 del Cód. Proc.); 4) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del dec. ley 8904/77).

Así lo voto.

A la misma cuestión, la Dra. *Longobardi* adhiere al voto precedente, votando en igual sentido por los mismos fundamentos.

*Autos y Vistos:*

*Considerando:*

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y concs. del C.P.C.C., *se resuelve:* 1) Decretar la deserción del recurso de apelación deducido por la parte demandada a fs. 277; 2) Confirmar la sentencia apelada de fs. 263/269, en lo que ha sido materia de agravio; 3) Imponer las costas de alzada al apelante que ha sido vencido en la etapa recursiva (art. 68 del Cód. Proc.); 4) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del dec. ley 8904/77). Regístrese. Notifíquese por Secretaría y devuélvase. – *Victor Mario Peralta Reyes*. – *María I. Longobardi* (Sec.: Claudio M. Camino).

## FONDO EDITORIAL

### Novedades 2017

MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA

María Elisa Petrelli (Coord.)

MARÍA ELISA PETRELLI (coordinadora)

Manual de derecho de familia

ISBN 978-987-3790-51-5  
456 páginas

EL DERECHO

Venta telefónica: (11) 4371-2004  
Compra online: [ventas@elderecho.com.ar](mailto:ventas@elderecho.com.ar)  
[www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar)