En Buenos Aires, a los 18 días del mes de abril de 2017, reunidos en Acuerdo los jueces de la Sala I de esta Cámara para dictar sentencia en los autos mencionados, y de conformidad con el orden del sorteo efectuado, el Juez Ricardo Víctor Guarinoni, dijo:

I. El Magistrado de primera instancia, en el pronunciamiento de fs. 269/272 rechazó la demanda que por daños y perjuicios interpusiera Mónica DEL PUP contra COSTA CRUCEROS SOCIEDAD ANÓNIMA.

Para decidir del modo en que lo hizo y ponderando las constancias de la causa a las que alude, tuvo por acreditado que la actora abordó el buque COSTA VICTORIA en el puerto de Savona (Italia) el 2 de diciembre de 2010 con destino al puerto de Buenos Aires al que arribó el 22 del mismo mes y año, haciendo escala en diversos puertos sitos en España, Marruecos, Brasil y Uruguay.

En lo que debe ser un error de tipeo, destacó que recibió atención médica a bordo del buque el 8 de octubre de 2012 (el viaje fue entre el 2 y el 22 de diciembre de 2010), cuyo diagnóstico fue “tipo de dermatitis no identificable”, señaló que se encuentra acreditado además que se alojó en la cabina 10.135 junto con su marido Pedro Roberto PAGABURU, que según lo informado por el transportista no hubo otros pasajeros que hayan sufrido picaduras por el insecto que indicó la actora y que en las dependencias del navío se efectúan periódicamente tareas de fumigación y desinfección -cuyo procedimiento incluye la limpieza y aspiración dos veces al día de la cabina- de acuerdo a un programa de saneamiento conforme las características de cada barco.Que ante la presencia de cualquier tipo de insecto, el personal de limpieza de la cabina debe informar al Director del Sector Hotelería del Crucero y si la cabina está ocupada, se cambia al pasajero en forma inmediata a otra y toda la ropa blanca se envía a la lavandería.

Estimó que la accionante no logró demostrar la relación de causalidad entre el acaecimiento del hecho y los daños que invocara, no pudiéndose determinar cuál ha sido la causa de la dolencia, ni que se haya producido por insectos, poniendo de relieve la circunstancia de que no hubo otros pasajeros a bordo del crucero que hayan sufrido algún tipo de picaduras, a mérito de lo informado también por el transportista.

Por último descartó las declaraciones testimoniales rendidas, considerando que el hecho de que hayan sido compañeros de viaje de la demandante no les concede de por sí certeza o afirmación de lo que visualizaron o les manifestara la propia compañera de viaje y que evidenciaron en sus dichos el desconocimiento de las causas u origen del malestar que originó el reclamo.

II. Alza sus quejas la parte actora a fs. 293/296, las que son contestadas a fs. 292/294.

Obran asimismo apelaciones contra las regulaciones de honorarios las que serán examinadas al finalizar el acuerdo de corresponder.

La actora se agravia del rechazo de la acción y de lo que considera una errónea valoración de la prueba aportada. Se agravia además de la desacreditación del informe del Instituto Malbrán, sosteniendo que el Magistrado de la anterior instancia, confundió prueba instrumental con informativa. Sostiene que no se tuvo en cuenta la concomitancia e inmediatez entre la llegada del buque al puerto de Buenos Aires y la presentación del insecto en el Instituto Malbrán, como asimismo de la descalificación del valor probatorio de las declaraciones testimoniales producidas.

III.En primer término cabe señalar que el tribunal sólo se ocupará de aspectos decisivos de la controversia, sin entrar en consideraciones innecesarias, pues los jueces no están obligados a tratar cada una de las argumentaciones que desarrollan las partes, sino aquellas que sean conducentes para la solución del caso (Fallos 262:222; 278:271; 291:390; 308:584 y 331:2077 ). Siendo que además, los jueces no están obligados a seguir a las partes en cada una de sus argumentaciones, limitándose a expresar en tales casos, las razones de hecho y prueba y de derecho que estimen conducentes para la correcta composición del conflicto, metodología que la Corte Suprema de Justicia ha calificado de razonable (doctrina de Fallos: 278:271; 291:390; 294:466 entre otros) y que, en materia de selección y valoración de la prueba tiene específico sustento normativo en el art. 386, segunda parte, Código Procesal (confr. esta Cámara, Sala I, causa N° 4941/04 del 24/05/07; Sala II causas N° 748/02 del 02/07/08; entre otras).

En tal sentido, creo necesario, como aclaración previa, recordar que la Corte Suprema de Justicia, en Fallos: 327:1532 , (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema) ha interpretado que cuando se falla sin respetar los límites, se puede incurrir en “exceso” que puede ser “ultra petita” (más de lo pedido y controvertido); “citra petita” (por fuera de lo requerido y propuesto); o “infra petita” (por menos de lo reclamado y contrapuesto en el juicio).

Asimismo, que como enseñaba Eduardo J. Couture, “la pretensión es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva. En otras palabras: la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica”. “Pero la pretensión no es la acción.La acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión. Ese poder jurídico existe en el individuo, aun cuando la pretensión sea infundada” (“Estudios de Derecho Procesal Civil, 3ª Ed., Bs. As., Depalma, 1979).

Es que la pretensión procesal conlleva, tres elementos: subjetivo, objetivo y causal. El primero de ellos, está referido al sujeto habilitado para ejercer la acción, entraña una relación jurídica entre el pretendiente (actor o reconviniente) y el pretendido (demandado o reconvenido), y en consecuencia resulta del resorte exclusivo de las partes, excluyendo al juez; el segundo se relaciona con la petición y la libertad del individuo para fijar lo que pretende, no es más que el petitorio del actor o del reconviniente; y el tercero involucra al hecho que se invoca y a su imputación jurídica, es decir la “causa petendi”.

Ahora bien, por efecto de la regla del “iura novit curia”, está vedado al juez condenar por aquello que no se pidió, por más de lo solicitado, o por razones totalmente distintas a las alegadas por las partes.

De donde deriva la íntima relación que existe entre la pretensión procesal y la regla de congruencia. Esto último, traducido como el respeto del magistrado hacia la pretensión y la resistencia a ella, pues si la sentencia es incongruente necesariamente resulta violatoria de las garantías constitucionales, por lo que la congruencia viene a convertirse en la garantía de las partes que les asegura que el juez no fallará algo distinto de lo que ellas pretenden (“extra petita”); ni más allá de lo que ellas pretenden (“ultra petita), ni omitiendo alguna de las cuestiones conducentes a la solución del litigio puestas a su consideración (“citra petita”).

Esto último, salvedad hecha de que puede ocurrir que la sentencia, en orden a la solución adoptada como consecuencia de una de las cuestiones propuestas, omita el tratamiento de otra que, en consecuencia, deja de ser conducente, en cuyo caso no es posible invocar incongruencia.Retomando el principio de congruencia, en cuanto aquí interesa, cabe recordar que según Peyrano, Jorge Walter (“EL Proceso Civil. Principio y Fundamentos, Bs.As., Ed. Astrea, 1978) consiste en la exigencia de que medie identidad entre la materia, las partes y los hechos de una litis, incidental o sustantiva, y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que lo dirime, y que tiene consagración legal en el art. 34, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuando al enumerar los deberes de los jueces, dispone en el inc. 4°, que deben fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia. De tal modo constituye una de las manifestaciones del principio dispositivo, base sobre la cual descansa, el ordenamiento del proceso civil.

En sentido contrario, la decisión incongruente, será aquella que saca conclusiones erróneas de las premisas establecidas; lo que puede subsanarse por vía del recurso de nulidad, pues los fallos deben ser congruentes, bajo pena de nulidad. No pueden resolver fuera de los términos del circuito litigioso y por tanto serán nulas, por violación al principio de congruencia, las sentencias que excedan cualitativa o cuantitativamente el objeto de la pretensión, o se pronuncien sobre cuestiones no incluidas en la oposición de una de las partes, o que no traten un hecho invocado oportunamente por una de ellas y que sea vital para la solución del pleito. Asimismo, el principio de congruencia ofrece un doble aspecto: la obligación del juez de fallar sobre lo pedido en la demanda y nada más que sobre ello; y que la resolución se base en los hechos sustanciales aducidos y en los que constituyen las defensas o excepciones del demandado.En lo relativo a los hechos, el sentenciante no puede apartarse de lo alegado y probado, pero en lo referente al derecho, tiene la facultad de fundarse en la norma jurídica, que él considere de aplicación al caso (principio del iura novit curia, ya citado).

Todo ello sin que se desnaturalice el proceso, puesto que el hecho de que el sentenciante califique correctamente la acción interpuesta que había sido formulada en forma errónea, es una cosa, pero sería nulo el pronunciamiento si sustituyera esa acción por otra (Maurino, Alberto Luis, “Nulidades Procesales”, Ed. Astrea, 1995).

Por otro lado, a fin de declarar el derecho, el juez necesita convencerse no sólo de que ese derecho existe en abstracto y objetivamente, sino también que corresponde al litigio particular planteado. Necesita la convicción de que esos hechos han sucedido históricamente, p ues la incertidumbre redundará a modo de sanción, en perjuicio de quien carece de prueba (conf. Fenochietto, Carlos E., “La carga de la prueba”, LL 1980-A.808).

En cuanto al análisis de la responsabilidad, en los términos del artículo 330 de la ley de navegación, el transportador es responsable de todo daño originado por lesiones corporales del pasajero, siempre que el daño ocurra durante el transporte por culpa o negligencia del transportador, o por las de sus dependientes que obren en ejercicio de sus funciones. En el caso, la culpa o negligencia del transportador no se presumiría, dado que las lesiones por las que la actora reclama no se encuentran dentro de los supuestos que la norma contiene.

Sin perjuicio de ello, no puede perderse de vista que ha sido demandada exclusivamente COSTA CRUCEROS SOCIEDAD ANÓNIMA quien manifestó en las presentes (v. fs. 60) que su actividad principal es la venta de pasajes de los buques de pasajeros de turismo propiedad de otra empresa que menciona.Señala además que la empresa con sede en la Argentina, demandada en autos, es una empresa independiente de la que en definitiva brinda los servicios del Crucero “Costa Victoria”, no siendo la propietaria del buque, ni la armadora de dicho viaje.

De lo anterior se desprende que el vínculo entre ambas partes resultó ser un contrato de viaje y turismo, por lo tanto, estimo que sin perder de vista la incidencia que posee lo señalado respecto a la ley de navegación, el presente caso debe ser dilucidado de conformidad con el juego armónico entre dicha norma y lo previsto por la normativa de defensa del consumidor. Teniendo en cuenta en ese sentido, que en los términos del artículo 42 de la Constitución Nacional los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

El artículo 42 de la Constitución Nacional, introducido en la reforma del año 1994, garantiza a los consumidores el derecho a la seguridad y a la protección, aspecto este que ha sido receptado por la ley 24.240 y si bien no tiene una parte expresamente dedicada a las prestaciones de turismo o contrato de turismo, no puede dudarse sobre su aplicación general en la materia.

En este orden de ideas, se ha sostenido que uno de los problemas de las normas específicas sobre viajes y turismo radica en el sistema de responsabilidad de naturaleza subjetiva y de escasa protección para los intereses del turista, razón por la cual en virtud de las normas en materia de defensa del consumidor, se pasa a uno de responsabilidad objetiva, integral y solidaria de todos los proveedores que integran la cadena de comercialización, lo cual se corresponde con la jerarquía normativa de las normas y el amparo que la Constitución Nacional ha querido brindarle a usuarios y consumidores (Sala III, votode la Dra. Graciela Medina en causa Nº 7.710/07 del 20.10.2015 y sus citas).

La obligación de seguridad que pesa sobre los proveedores se fundamenta en el derecho que tienen los consumidores a que se proteja su salud. Y el ámbito en el cual se identifica la actuación de dicha obligación es determinado por la noción de relación de consumo. La ley constituye a todos los intervinientes en el proceso de creación y comercialización de un servicio en garantes de que éste resultará inocuo para el consumidor, y los hace responder objetivamente en caso de que así no ocurra.

Conforme surge del art. 3 de la LDC, la relación de consumo alude a un vínculo jurídico entre proveedor y consumidor o usuario, que se produce cuando tiene su fuente en un contrato -oneroso o gratuito- y se da entre un consumidor final (persona física o jurídica) con otra que actúe profesional u ocasionalmente, o sea una empresa productora o prestadora de servicios. De acuerdo al artículo 1° el objeto será la utilización en beneficio propio, familiar o social.(causa Nº 7.710/07 citada).

De allí que no queda duda respecto a que entre las actoras y la demandada existió una relación de consumo y por lo tanto no existe óbice para la aplicación de la normativa aludida.

Mónica del Pup reclama en las presentes los daños que dice haber padecido a consecuencia de las picaduras de chinches o pulgas de cama dentro del camarote asignado en el marco del contrato de turismo que formalizara con la demandada.

Para acreditar dichos extremos, aportó la declaración testimonial de Nélida Estela DERIANE, Diana Isabel NEUMAN y de Francisco DE MARCO quienes, según sus dichos, conocieron a la accionante durante la travesía.

Aportó además fotografías en formato digital de lo que supuestamente serían insectos encontrados dentro del camarote, un video de las picaduras y los insectos cuyo contenido ha sido ratificado por los testigos y un informe del Instituto Malbrán.

La sana crítica comprende la actividad lógica del oficio judicial necesaria para valorar la prueba en un caso concreto; la necesidad de valorar los distintos medios, naturaleza de la causa, las máximas experiencias y la conducta procesal de las partes; explicando las razones que ha tenido el juez para formar su convicción al ponderar con sentido crítico la variedad de pruebas: “Los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica” (art. 386, párr. 1, C.P.C.C.) (conf. Fenochietto, Carlos E. Códi-go Procesal Civil y Comercial de La Nación, 2ª ed., T. II, ed. Astrea, Bs.As., 2001, p. 527). (Sala 3, causa 14.305/02 del 05.05.05)

Debe tenerse en consideración que la prueba testimonial debe ser valorada en función de diversos elementos, ponderando las condiciones individuales y genéricas de los deponentes, seguridad del conocimiento que manifiestan, coherencia del relato, razones de la convicción que declaran y la confianza que inspiran, conforme reitero, a las reglas de la sana crítica.

El artículo 456 del Código Procesal subordina la apreciación de la prueba testimonial a determinadas reglas, particularizando el principio general que sienta el artículo 386 del mismo Código. La doctrina y la jurisprudencia, por su parte, han enunciado diversas directivas cuya observancia facilita una adecuada crítica de las declaraciones y permite, por ende, el enjuiciamiento más exacto posible acerca de su credibilidad y eficacia. Por ello, supuesta la validez de la prueba, la pertinencia de los hechos sobre que versa y la aptitud genérica del testigo para asumir tal calidad procesal, las mencionadas directivas se relacionan, fundamentalmente, con las circunstancias personales de aquél, la naturaleza de los hechos sobre los cuales declara, la razón de ciencia enunciada como fundamento de su declaración y la concordancia de sus respuestas.

En materia de apreciación de la prueba, en especial la testifical, el juzgador puede inclinarse por la que le merece mayor fe, en concordancia con los demás elementos que pudieran obrar en el expediente, pues de conformidad al artículo 386 del Código Procesal, ello constituye una facultad privativa del Magistrado. (CNCiv. Sala B, 12.2.16 De Falco, Hugo Claudio c/ Supermercado Mayorista Makro S.A. en Revista de Derecho Procesal, ed. Rubinzal Culzoni T 2016-2 pag. 363).

De la compulsa de las declaraciones testimoniales aportadas surge a fs. 110 la de Nélida Estela DERIANE de 73 años de edad al momento de la declaración, quien relatara que conoció a la actora porque circunstancialmente compartían la mesa de la cena.Señaló que en el segundo día del viaje la actora presentó unas “ronchitas” que fueron progresando día a día, detallando el malestar que significó dicha circunstancia en el transcurso del viaje, aludiendo a picazón, ardor, etc.

Relató además que oyó que otras señoras también tenían ronchas, que por comentarios de esas personas supo que tenían picaduras y que le manifestaron que al revisar la cama encontraron bichitos que fueron fotografiados y que al presentar las quejas los cambiaron de camarote.

Se le exhibió además a la testigo el video y las imágenes que en formato dvd se encuentran reservadas, respondiendo en forma afirmativa respecto de la coincidencia del aspecto que presentaba la actora al momento del viaje.

A fs. 112 surge agregada la declaración testimonial de Diana Isabel NEUMAN de 70 años de edad al momento de su comparecencia, quien manifestó, en concordancia con lo relatado con la anterior testigo, que conoció a la actora a bordo del crucero, que se quejaba de que la había picado algún insecto mientras dormía, que otros pasajeros presentaban la misma afección y que ellos le mencionaron a la testigo que otra pasajera estaba encerrada en la habitación porque estaba llena de ronchas y que el marido había descubierto bajo la cama o entre el colchón y la cama o la ropa de cama unos bichos, que no sabían que eran, chinches, pulgas o ácaros, señalando que así fue como conoció a la actora.

A fs. 113 obra anejada la declaración del testigo Francisco DE MARCO quien coincide en general con las apreciaciones de las otras dos testigos y agrega que vió a una señora que presentaba ronchas similares a las de la accionante.

Todos los testigos coincidieron en que, el aspecto que luce en el video que se encuentra reservado, resultaba ser el que presentaba la accionante durante la travesía a bordo del buque en cuestión.A diferencia de lo resuelto por el “a quo” no encuentro contradicciones en general en los relatos que formulan los testigos y lo que dicen conocer, respecto a los padecimientos que dice haber sufrido la actora, tampoco puede exigírseles ni explicaciones, ni conocimientos que excedan el del común de la gente. Se trata de personas que compartieron un crucero y comparecieron a deponer respecto de las cuestiones que conocieron por manifestaciones de la actora en algún sentido y también por haber presenciado circunstancias que sirven como elementos para reconstruir los hechos o mejor dicho, discer nir si los elementos de convicción que aportan resultan coadyuvantes para tener por cierto el relato que formula la actora en la demanda.

Así, del contenido de las declaraciones aludidas, no encuentro que surja ninguna contradicción con lo relatado en la demanda y si bien es cierto que no resultan científicamente concluyentes respecto a que los padecimientos de la actora son consecuencia de las picaduras, tampoco puede exigírsele dicha certeza a los testigos en las circunstancias particulares del presente caso. Por otro lado no advierto que la demandada aportara ningún elemento de convicción para desacreditar lo dicho por los testigos.

Reiteradamente se ha sostenido que el art. 377 del Código Procesal pone en cabeza de los litigantes el deber de probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, y ello no depende sólo de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada litigante se coloque en el proceso. Así pues, la obligación de afirmar y probar se distribuye entre las partes, en el sentido de que se deja a la iniciativa de cada una de ellas hacer valer los hechos que se quieren que sean considerados por el juez y que tienen interés que sean tenidos por él como verdaderos.La consecuencia de esta regla es que quien no ajusta su conducta a esos postulados rituales, debe necesariamente soportar las inferencias que se derivan de su inobservancia, consistentes en que el órgano judicial tenga por no verificados los hechos esgrimidos como base de sus respectivos planteos (cfr. CNCom., Sala “A”, in re “Tovaco S.A. e/ BBVA Banco Francés S.A.”, del 26-5-2009, publicado en La Ley, ejemplar del 13 de agosto del 2.009, pág. 6).

La demandada se encuentra obligada, como la propia actora, a colaborar con el juez en el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva (cfr. FALLOS: 253:133; 254:311; 273:296; 295:65; A. A. MORELLO, “HACIA UNA VISION SOLIDARISTA DE LA CARGA DE LA PRUEBA”, ED. 132-953). Como principio general (salvo supuestos excepcionales como cuando se dispone la inversión de la carga; o cuando la naturaleza del hecho pueda hacer lugar a una suerte de prueba compartida o dinámica), la carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que invoca como fundamento de su pretensión, pierde el pleito si de ellos depende la suerte de la litis. En estas condiciones, la carga no significa obligación de probar, ni siquiera necesidad de que la prueba proceda de alguna parte; significa estarse a las consecuencias de que la prueba se produzca o no. De ahí resulta que quien no prueba los hechos que debe demostrar, sufre las consecuencias de perder el pleito si de ello depende la suerte de la litis; (sala III, causa 6.379 del 5.6.92; Fassi, S.C., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado”, ed. Astrea, 1980, T. II, págs.162 y ss.). Las partes tienen el deber jurídico de aproximar al juez la mayor cantidad de elementos que le permitan arribar, con certeza, a la verdad jurídica objetiva y aquella carga debe ser puesta en cabeza del litigante que cuenta con mayores posibilidades y facilidades para aportar los elementos necesarios para el esclarecimiento de la verdad.

La demandada en su defensa, sostiene que el motivo por el que fue atendida la actora a bordo del buque Costa Victoria fue uno distinto al que alude en la demanda -la picadura de insectos- y por otro lado sostiene además, que no hubo otras personas a bordo afectadas por picaduras de insecto. Agrega además, que quien compartió la cama matrimonial con la accionante no padeció ningún inconveniente.

Estimo, dado que no dio oportuno cumplimiento con lo dispuesto por el art. 333 del Código Procesal, que para acreditar dichas circunstancias ofreció el testimonio de tres testigos (fs. 65 vta.), sin perjuicio de ello, los tres fueron desistidos según consta a fs. 177/179.

Requirió además un informe a Costa Crociere S.p.A. solicitando la remisión de las constancias de la atención que se le dispensara a la accionante y pese a que a fs. 248 la oficiada se limitara a aludir genéricamente a que “el diagnóstico realizado a bordo del buque durante los exámenes médicos de fecha 8.10.12 fue “tipo de dermatitis no identificable” no reiteró el pedido de informe a fin de que se diera total cumplimiento a lo requerido con respecto a la remisión de la documental ni tampoco a que el diagnóstico al que se alude fue efectuado en una fecha distinta a la que fue atendida la accionante.

Tampoco aportó elemento alguno que permita desvirtuar lo manifestado por los testigos respecto a que hubo otros pasajeros que padecieron circunstancias similares a la de la accionante.En ese sentido, tampoco fueron adunados los registros de atención médica de la embarcación, no pudiendo tenerse en cuenta a tal fin el pedido de informe cuya copia de diligenciamiento obra a fs. 183 que solicita se informe respecto de otros pasajeros que padecieran de picaduras de “Climex lecturalius” (el insecto al que alude la actora se denomina “cimex lectularius”). La oficiada contestó que no hubo otros pasajeros a bordo del crucero señalado que hayan sufrido picaduras por “el insecto indicado”, lo que no descarta la posibilidad de que hubiera quienes informaran haber sido picados por un insecto sin identificar.

Además, aún incompleto y desacertado el informe de fs. 248 se da de bruces con lo que alude la demandada en su contestación en el sentido que la actora presentaba síntomas compatibles con medicación inadecuada y que fue tratada y medicada por dicha dolencia.

Diligenció además pedidos de informes a organismos oficiales a fin de acreditar que la actora no solicitó la autorización correspondiente para el ingreso al país de los insectos que según ella le malograran el viaje.

Respecto a este punto no abunda señalar, que lo que se podría denominar una falta administrativa, la omisión de solicitar dicha autorización, en sí misma no acredita necesariamente que los insectos que fueran presentados al día siguiente de arribar a Buenos Aires en el Instituto Malbrán no fueran los mismos a los que se alude, que fueran fotografiados y filmados según la prueba que aportara la accionante al interponer la demanda.

Con respecto al informe del Instituto Malbrán, la actora al otro día de desembarcar habría comparecido ante dicha institución con los insectos en cuestión para ser analizados.

Teniendo en cuenta lo dicho por los testigos, estimo que deviene abstracto debatir respecto de la identidad entre los insectos que fueran presentados en el Instituto Malbrán para su análisis al día siguiente de desembarcar y aquellos respecto de cuyas picaduras tomaran conocimiento los testigos.La prueba debe analizarse y valorarse en su conjunto, pues la certeza de los hechos difícilmente se obtenga de forma aislada sino de las resulta de las probanzas en su conjunto. Los elementos probatorios deben ser aprehendidos en su totalidad, ya que probanzas que individualmente estudiadas pudiesen aparecer como débiles o imprecisas pueden complementarse entre si, de tal modo que unidas lleven al ánimo del juez la convicción acerca de la existencia o inexistencia de los hechos discutidos en la Litis (CNCom., Sala B, 22-4-91, L.L. 1991-C-339; CNCiv., sala E, 26-8-76, Rep. L.L. XXXVII, 1232, sum.32)

Resta descartar además la posibilidad que esgrime la demandada en su contestación de que los insectos pudieron haber sido subidos a bordo accidentalmente por la propia accionante, ya que los testigos son contestes en que la actora se ausentó a partir de la segunda noche por la dolencia que la aquejaba, por lo tanto resulta válido concluir que fue picada antes de que la embarcación tocara los puertos en cuestión.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que se encuentra acreditado el daño padecido, que existe una relación causal entre dicho daño y el incumplimiento del deber de seguridad imputable a la proveedora del servicio y lo previsto por el artículo 40 de la ley 24.240, propondré al acuerdo la revocación de la sentencia de grado y atribución de la responsabilidad a Costa Cruceros S.A. por los daños padecidos por Mónica Del Pup.

IV.Reclama la accionante en concepto de Gastos Crucero y Aéreo la suma de $ 14.625.-, en concepto de daño físico la de $ 23.375.- y por daño moral la de $ 40.000.-

En los términos del artículo 520 del Código Civil, ley 17.711 de aplicación en las presentes a mérito de la fecha de ejecución del contrato y lo previsto por el artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación) en el resarcimiento de los daños solo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación. Es decir que la responsabilidad del deudor sólo se extiende hasta obligarlo a reparar los daños que sean consecuencia inmediata y necesaria del hecho.

En concepto de daño material, la accionante reclama el reintegro del valor del crucero, pero si bien es cierto que se vio privada del pleno goce de los beneficios que debía brindarle la experiencia turística de la travesía contratada, considero que el monto debe ser en proporción con los días que padeció las circunstancias que relata. En este sentido la propia actora señaló en la demanda que estuvo en el primer camarote durante diez días y que luego fue trasladada al camarote Nº 40.234, puente 4, por lo tanto y lo previsto por el artículo 165 del Código Procesal, corresponde otorgar por este rubro la suma de PESOS SIETE MIL ($7.000.-)

Reclama la actora una suma en concepto de daño físico y teniendo en cuenta reitero, que La falta de prueba de la circunstancia aludida es invalidante del derecho toda vez que, según la regla, cada parte en el proceso debe probar el estado de cosas del cual extrae los presupuestos del precepto jurídico aplicable a cada especie (art.377 del CPCC) y que la reclamante no ha aportado ning ún elemento probatorio que permita tener por acreditado la partida en cuestión, es que propondré al acuerdo se desestime la pretensión articulada en este aspecto.

En lo concerniente a la reparación del daño moral, no desconozco que en materia contractual el reconocimiento de una indemnización por ese concepto tiene carácter restrictivo y el Juez debe ponderar su procedencia en atención al hecho generador y a las particulares circunstancias del caso (art. 522 del Código Civil citado, conf. Sala II, “Peña” del 17/09/2010). Debe recordarse que no existe una relación lógica o jurídica que justifique proporcionar su entidad con la magnitud de los daños económicos, en tanto se trata de rubros de naturaleza enteramente distinta que descansan sobre presupuestos también diferentes.

Ahora bien, es necesario tener presente que el daño moral debe ser una consecuencia espiritual del incumplimiento. Se trata de una noción concreta y diferenciable de la lesión en sí misma considerada. Ello acarrea que en los casos de responsabilidad contractual, el daño moral deba ser probado al igual que los restantes presupuestos de la responsabilidad civil (conf. ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde “Resarcimiento de daños. Daños a las personas (Integridad sicofísica)” T. 2a; 2da. Edición, pág. 460).

Para que proceda su reparación debe haberse producido una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (conf. PIZARRO, Daniel, “Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho”, pág.36, cita extraída del fallo de la Sala III de este tribunal “in re” 17/6/08, “González y otros c/ Corporación Asistencial S.A.”). Se trata de una lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, pág.208).

Asimismo, es importante destacar que la indemnización del daño moral cumple un papel resarcitorio (confr. Sala II causa 4412 del 1.4.77 y muchas posteriores). Busca enjugar esa afección espiritual, a través del único sucedáneo con que puede hacerlo una sentencia en un proceso patrimonial: una suma de dinero que procurar compensar los sentimientos padecidos.

En ese sentido, de la compulsa de las declaraciones testimoniales surgen los padecimientos que se denunciaran al abrir la instancia y teniendo en cuenta además los días que tuvo que permanecer dentro del camarote y dado el carácter resarcitorio de este ítem considero equitativo otorgar la suma de pesos diez mil ($ 10.000.-).

V. Los intereses debidamente reclamados deberán liquidarse desde la fecha que el reclamo entró en la esfera de conocimiento de la accionada, que según las constancias acompañadas resultó ser la audiencia del 2 de marzo de 2011, y hasta su efectivo pago, a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días.

VI. A mérito de lo expuesto y la forma en que se decide, considero que las costas de ambas instancias deben ser soportadas por la condenada por no hallar mérito para apartarme del criterio objetivo de la derrota.

VII. Voto en consecuencia por revocar la sentencia de fs. 269/272 condenando a COSTA CRUCEROS SOCIEDAD ANÓNIMA, a abonar a Mónica DEL PUP, en el término de diez días de notificada, las sumas que surgen de los considerandos precedentes, con costas de ambas instancias a la condenada (art. 70 del C.P. C.C.N.).

Los doctores Francisco de las Carreras y María Susana Najurieta adhieren al voto que antecede.

En mérito de lo deliberado, y de las conclusiones del Acuerdo precedente, el Tribunal RESUELVE: Revocar la sentencia apelada con el alcance que surge del considerando VII con costas de ambas instancias a la demandada.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 279 del Código de rito, déjanse sin efecto los honorarios regulados a fs. 272 y difiérase la fijación de los mismos hasta el momento que se encuentre aprobada la liquidación definitiva.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Víctor Guarinoni

María Susana Najurieta

Francisco de las Carreras