En la ciudad de Rosario, a los 20 días del mes de diciembre de dos mil dicesisiete, se reunieron en Acuerdo los jueces de la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, doctores Oscar R. Puccinelli, Gerardo F. Muñoz y María de los Milagros Lotti, con el fin de dictar sentencia en los autos caratulados: “TAMBORINI, MARIA CAROLINA C/ TELECOM ARGENTINA SA S/DAÑOS Y PERJUICIOS- LEY 24.240” (CUIJ: 21-01280480-3), venidos para resolver los recursos nulidad y apelación en subsidio deducidos por la demandada contra la sentencia n° 421 dictada el 16/03/15 por el Juzgado de Primera Instancia de Distrito Civil y Comercial n° 7 de Rosario.

Efectuado el estudio de la causa, se resolvió plantear las siguientes cuestiones:

1°) ¿ES NULA LA SENTENCIA IMPUGNADA?

2°) En su caso ¿ES JUSTA?

3°) ¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR?

A la primera cuestión el doctor Puccinelli dijo:

El recurso de nulidad ha sido fundado en esta instancia.

1. La actora sostiene que en la sentencia se analiza y considera la documental de fs. 107/109 (el título de odontóloga de la actora, las credenciales de matriculación del Colegio de Odontólogos y de ASOR y la constancia de inscripción en la AFIP), pese a que tales pruebas no fueron ofrecidas en la etapa procesal oportuna y fue introducida de forma abrupta, improcedente y extemporánea, y que tal prueba fue determinante para la solución del litigio.

2. La demandada contesta a esto que en realidad la sentencia está fundada en el análisis pormenorizado de la situación traída a juicio, en especial en los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento que le acarreara en la faz comercial de su desempeño como odontóloga y que ello ha quedado acreditado con independencia de esas constancias a partir de la constatación mediante escribano y las declaraciones testimoniales de Peña y Contreras, de modo que lo agregado se hizo a título ilustrativo y complementario.

3.Finalmente, y sobre este aspecto, el Fiscal de Cámaras, luego de referirse a la procedencia de la apelación, aclara que corresponde confirmar la resolución recurrida, “no existiendo por otro lado ninguna objeción formal al procedimiento seguido en autos”.

4. Sabido es que entre los recaudos de la nulidad, está que se verifique tanto el requisito de la trascendencia, es decir, que la nulidad no sea decretada por la nulidad misma, como el de no convalidación, o sea, que el acto atacado no haya sido consentido por quien acusa de nulidad.

Aquí, a poco que se observen las constancias de autos se advierte que carece de total sentido declarar la nulidad de la sentencia puesto que el holding del fallo no se vería modificado si esos elementos no hubieran sido acompañados. Pero además de que la sentencia no se basa solamente en la documentación acompañada, se advierte que la recurrente, pese a tener disponible el recurso de revocatoria contra el decreto que incorporó esos elementos, nada hizo, consintiendo su agregación, y con ello, su ponderación.

Es claro que el recurso de nulidad busca resguardar la garantía constitucional del debido proceso y que procede siempre que exista una indebida restricción al derecho de defensa, por violación u omisión de las formas y solemnidades sustanciales que establecen las leyes (CCCSF, Sala 1ª., Z 29-R/15), de modo que las cuestiones relacionadas con la justicia intrínseca del fallo pueden servir de fundamento para el de apelación pero no para el recurso de nulidad (CCCR, Sala 4ta, Z 27-R/11).

Ahora bien: si bien las “cuestiones de justicia” son en principio ajenas al recurso de nulidad, esta afirmación no capta el supuesto de ausencia, insuficiente o aparente fundamentación, pues el sentido meramente formal de la previsión del art. 244 del CPCC (“La sentencia debe contener, bajo pena de nulidad: .4to. Los motivos de hecho y de Derecho, con referencia a la acción deducida y derecho controvertidos.”) se encuentra completado, en el plano local, por el como por el art.95 de la Constitución provincial, que frente a la falta de motivación suficiente fulmina de nulidad a la sentencia que incurre en ese vicio (“Las sentencias y autos interlocutorios deben tener motivación suficiente, so pena de nulidad”). En similar sentido, alineándose con exigencias convencionales y constitucionales pero sin prever la sanción que cabe en caso de incumplimiento, el art. 3 del Código Civil y Comercial manda a los jueces resolver los asuntos llevados a sus estrados con fundamentación y sin incurrir en arbitrariedades (“Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”).

En síntesis, en función de las reglas recién mencionadas, una sentencia podrá ser nula cuando, pese a exhibir fundamentos, éstos no son portadores de razonamientos mínimos que permitan sostenerla como acto jurisdiccional válido, supuesto que no se configura en el caso de autos dado que el recurso de nulidad interpuesto por la recurrente versa en definitiva sobre cuestiones in iudicando; no se detectan nulidades que deban ser declaradas ex officio (arts. 360 y 361 del CPCC) y sus quejas pueden ser perfectamente tratadas por la vía de la apelación, de modo que el caso resulta captado por el principio de subsidiariedad del recurso de nulidad y por la consecuente “absorción” por el recurso de apelación. Ello porque “cuando los gravámenes del recurrente encuentran suficiente remedio en la revocación de la sentencia apelada (haciendo progresar el recurso interpuesto), no procede declararlo nulo” (Jorge W. Peyrano, “Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial”, Zeus, pág.180).

En términos de Carnelutti, en casos como el presente, cabe dar paso entonces al principio de “absorción de la invalidación por la impugnación” (es decir, la absorción del recurso de nulidad por el de apelación), y con la finalidad de resguardar el principio de validez de los actos jurisdiccionales, corresponde que el juzgador trate las impugnaciones deducidas a título de nulidad como agravios en el marco del recurso de apelación, subsanando todos los defectos de construcción que la resolución en sí misma contenga y modificando el fallo de primera instancia sin declarar su nulidad, pues: “Cuando los agravios pueden ser reparados por el recurso de apelación, no corresponde considerar el recurso de nulidad” (LL, 1999-E, 54).

Las consideraciones precedentes me llevan a rechazar el recurso de nulidad promovido por la recurrente.

Voto, pues, por la negativa.

Sobre la misma cuestión, el doctor Muñoz dijo: Coincido plenamente con los argumentos expuestos por el doctor Puccinelli y voto en el mismo sentido a la primera cuestión.

Sobre la misma cuestión, la doctora Lotti dijo: advirtiendo la existencia de dos votos totalmente concordantes que hacen sentencia válida, me abstengo de emitir opinión (art.26 ley 10160).

A la segunda cuestión el doctor Puccinelli dijo:

1. La actora demandó indemnización por los daños y perjuicios que dice haber sufrido por irregularidades en la prestación del servicio telefónico (línea fija) contra Telecom Argentina S.A.pretendiendo el cobro de $32.813,53 más intereses y costas.

Expuso ser abonada con carácter comercial, por ubicarse su consultorio odontológico, y que desde el 01/04/10 su línea telefónica fue inhabilitada por la empresa prestataria, sin previo aviso, pese a no existir atraso u omisión en el pago de las facturas emitidas, fecha a partir de la cual realizó diversos e infructuosos reclamos telefónicos, ante la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (C.N.T.), ya que recién el 29/04/10 un técnico le reparó provisoriamente la línea, restableciéndole la línea pero sin que se hiciera nunca más el arreglo definitivo. A esto se le agregó la expedición de una factura por 16 llamadas a celulares que nunca pudo realizar ya que la línea no funcionaba en esa fecha, lo que la obligó a realizar un nuevo reclamo en función del cual la demandada emitió una Nota de Débito, volviendo a quedarse sin línea nuevamente el 04/07/10, lo que provocó nuevos reclamo sin suerte, pese a que la C.N.T. le informara sobre la resolución de su primer reclamo, ordenando a la prestataria la acreditación del restablecimiento del servicio y el reintegro previsto en el art. 33 del RGCSBT, reintegro que no se produjo (equivalente al doble del valor del abono correspondiente a los días sin servicio), lo que provocó otro reclamo. Finalmente, el 23/07/10 se le reparó la línea por una hora, lo que provocó nuevos reclamos y una contestación por Escribano público, luego de lo cual la línea volvió funcionar, y pese a ello, en septiembre de 2010 le facturaron llamadas no realizadas durante el lapso en que el teléfono no funcionó, lo que la obligó a presentar otro reclamo.En total, dice, fue privada durante 83 días del servicio telefónico, y por ello reclama la suma de $32.813,53, computando para ello únicamente los días hábiles (78) sin línea y el valor que el Colegio de Odontólogos fija para la hora de práctica privada ($86,17) por 8 horas diarias de labor, con una pérdida del 70% del trabajo que hubiera podido realizar.

2. Telecom Argentina S.A. relató su versión de los hechos, afirmando que, si bien de los registros informáticos surge que el cliente registra reclamos por fallas técnicas, las mismas fueron solucionadas a medida que iban sucediéndose, detallando a continuación el resumen histórico de los reclamos, reparaciones y días sin servicio, destacando que realizó las reparaciones con la mayor celeridad posible, actuando de buena fe y de conformidad al reglamento, efectuando de manera completa los descuentos y reintegros correspondientes a los días sin servicio.

Menciona que fue víctima de diferentes ilícitos, tales como robo de cables y destrucción de cajas y elementos, hechos que obstaculizaron la normal prestación del servicio público y por cuyas consecuencias no le caben responsabilidades, de modo que que no existe falta grave de su parte ni daño que deba resarcirse. Agrega que es improcedente la indemnización pretendida por cuanto no se invoca la existencia de una lesión al patrimonio directamente provocada por lo reclamado en autos, como tampoco tiene en consideración los importes que efectivamente le fueron descontados y tampoco acredita el ejercicio de la actividad rentable denunciada y la consecuente falta de utilidad durante el lapso comprendido por la virtual afectación.

3.El juez a quo hizo lugar a la demanda con un alcance económico menor al propiciado por la actora.

Afirma que las interrupciones se dieron en varias oportunidades en un lapso de entre 83 y 72 días según la versión de la actora y de la demandada, respectivamente y que la defensa referida a la existencia de hechos de terceros (hurto o robo de cables u otros elementos, sulfatación), no es oponible a los usuarios y además de no haber sido probados, serían hechos que deben ser solucionados dentro de los plazos que el RGCSBT prevé (art. 31), lo que no ha acontecido.

Agrega que además, procesalmente, tratándose de la alegación de una circunstancia modificativa de la obligación, era a cargo de quien lo alega su demostración y el art. 53 de la L.D.C. pone en cabeza del proveedor la obligación de aportar todos los elementos necesarios para el esclarecimiento de la cuestión debatida, y a falta de ésta declaró la responsabilidad de la accionada y el consecuente deber de reparar los perjuicios que han devenido de su incumplimiento contractual.

Hace lugar al daño material devenido de la merma de sus ingresos, aclarando que si bien la actividad probatoria de la actora sobre el tópico dista de ser la ideal por cuanto no exhibió sus registros de atención, su talonario de facturas o recibos, ni produjo pericial contable, los elementos obrantes en autos y un examen integral del caso a la luz de las reglas de la sana crítica, son suficientes para dar por demostrada la existencia de los perjuicios patrimoniales, puesto está acreditado que es odontóloga y que utiliza el teléfono para coordinar la prestación de los servicios que su profesión conlleva a nivel de coordinación de turnos, urgencias, etc.según surge de las testimoniales y por ello es razonable derivar de tales extremos que la interrupción del servicio prestado le ha generado una merma en la atención de sus pacientes,

Dice que el reclamo de autos no puede ser compensado con la sola deducción del costo del servicio no prestado, pues los perjuicios reclamados -reducción de los ingresos- reconocen claramente otro fundamento que la simple utilización del servicio telefónico y que si bien en abstracto el método de valuación del perjuicio propuesto por la demandante se exhibe adecuado, no ocurre lo propio con el porcentaje de merma en la atención, de por sí muy elevado, que estimó, pues existiendo otros medios de comunicación no resulta creíble una merma del 70%, y entonces fija prudencialmente el monto del daño atendiendo las constancias de autos y sin perder de vista la equidad en la suma de $ 15.000.- más intereses desde abril de 2010 y hasta su efectivo pago, a razón de un interés equivalente a la tasa activa promedio mensual sumada del Banco de la Nación Argentina, con costas.

4. La demandada cuestiona en sus agravios que se haya admitido la demanda y consecuentemente que se la haya condenado por lucro cesante; que se haya fijado el importe de condena en $ 15.000.-; que se apliquen intereses retroactivos y que se impongan las costas a su parte.

Dice que la sentencia se basa en consideraciones dogmáticas y deducciones carentes de respaldo probatorio, y que se la condenó sin que se hubiera acreditado los ingresos normales y regulares de la actora; los días y horarios de atención al público; los ingresos reales; la cantidad de pacientes promedio por día; la efectiva merma de ingresos; el costo de sus servicios; la reducción de pacientes y otros elementos necesarios para arribar a un monto indemnizatorio.Agrega que en la demanda además de no haberse probado el daño ni siquiera se indicó si se reclamaba lucro cesante, daño directo, emergente o pérdida de chance y que su cálculo se hizo sin base probatoria alguna, tomándose por bueno el razonamiento actoral, sin base alguna e incluso reduciendo la pretensión del 70% al 32% también sin fundamento.

Recuerda que actualmente el uso de la telefonía fija es muy limitada a que se utilizan más otros medios como celulares, emails y redes sociales, de manera que las formas de obtener un turno son de lo más variadas, de modo que en el plano de la causalidad no se ha acreditado la vinculación entre la falta de prestación del servicio y el lucro cesante, máxime cuando de las dos testimoniales una ni siquiera trató de contactar a la profesional durante el período crítico.

Dice luego que resultando irreal el monto de condena corresponde que se realice una nueva estimación del daño que le produjo la momentánea falta de servicio, dejando de lado lo condenado, suma que se aleja de la realidad económica del caso.

Por último se agravia tanto de la imposición total de las costas frente a la admisión parcial de la demanda y de los intereses por cuanto a la fecha de mora porque al día de inhabilitación de la línea no había sido interpelada a resarcir y por consecuencia no se encontraba en mora, de manera que ésta debe considerarse desde la notificación del inicio de la demanda.

5. La actora contesta los agravios en un breve relato en el que se refiere genéricamente a la conducta lesiva de Telecom y a que ha quedado probado que se desempeña en ese domicilio como odontóloga, que existió un largo período durante el cual quedó incomunicada por razones que no le son imputables en una línea que tiene carácter comercial (que tiene un mayor costo). Agrega que la demandada nada probó para demostrar sus argumentos.

6.Al contestar el traslado, el Ministerio Público opina que debe confirmarse la resolución recurrida, máxime no existiendo ninguna objeción formal al procedimiento seguido en autos.

7. Analizando las constancias de autos y partiendo de los agravios de la demandada se observa con claridad que ésta en definitiva no alega la inexistencia de daños a partir de la interrupción reiterada del servicio telefónico sino meramente su encuadramiento conceptual y su justificación numérica. Así se desprende claramente de su segundo agravio, donde no postula el rechazo del rubro “daños” sino una nueva estimación por la momentánea falta de servicio, de modo que la cuestión queda circunscripta a la eventual procedencia de dicho rubro. Ingresaremos a evaluar esa cuantificación.

7.1. Es cierto que la actora no rotuló a su reclamo como de “lucro cesante”, pero luce obvio de sus argumentaciones, en especial del modo de cálculo que propone que es típico en dicho tipo de reclamos, que se está refiriendo a éste o, por lo menos a la pérdida de chances.De tal suerte, la falta de mención del nomen iuris no resulta argumento suficiente para el rechazo del reclamo, el cual, por su claridad en la estimación, en modo alguno impidió a su contraria defenderse puntualmente de él, no solo alegando sino también probando en contra de las alegaciones actorales (v.gr., cuestionando el monto de los aranceles éticos acompañados; acreditando a través de un mero análisis del listado de llamadas en períodos próximos a los de los cortes sufridos cuál era el horario de atención al público para contrarrestar la presumible base de cálculo por ocho horas diarias; la existencia de métodos alternativos de comunicación en Internet, la incorporación de sus servicios a través de redes sociales, la publicación de otros números telefónicos fijos o móviles en diversas fuentes disponibles al público, etc.).

Sin embargo, es cierto que no existe una fundamentación contundente respecto de la admisión del rubro y su fijación en el 32% del monto pretendido, aspecto sobre el cual la carga probatoria recaía preponderantemente sobre la actora pues ahí no alcanzan ni deberes ni presunciones que pudieran jugar respecto de la demandada como prestadora del servicio telefónico, más allá de una eventual flexibilización del rigor probatorio en atención a las particulares circunstancias del caso.

7.2.En el caso se tiene probado que la línea era utilizada por la actora para la atención de pacientes en un consultorio odontológico que compartía con otros dos profesionales y que otorgaba turnos por teléfono (esto con independencia de los elementos probatorios cuestionados por la demandada y en base a los cuales fundó su nulidad) y que en al menos un caso (el de la testigo Peña, porque el relato de la testigo Contreras es confuso a este respecto) mermó su clientela, ya que por la falta de atención telefónica se recurrió a otro profesional.

Lo cierto es que durante ese período de tiempo existieron interrupciones del servicio de una línea fija única instalada en el lugar donde se presta el servicio profesional y que conforme al curso normal y natural de los hechos no puede sino haber impactado en la atención de los pacientes, especialmente de las urgencias, que en la práctica no admiten mucho margen para averiguaciones adicionales ni esperas. El problema es cómo valorar esa merma, y en este aspecto la actividad probatoria actoral flaquea decididamente.

Bien se ha dicho a este respecto: “El juzgador deberá demostrar, con elementos obrantes en la causa o fácilmente comprobables, la existencia de la chance y el porqué de su cuantía. De lo contrario, su fallo será defectuoso y podrá ser revocado. En esta tarea, la tarea de los abogados de quien peticiona juega un papel central, pues serán quienes deberán arrimar las pruebas necesaria para justificar su pretensión; el aporte de elementos estadísticos y casos de recurrencia de beneficios en casos similares ayudará a la configuración de una resolución fundada y libre de tachas de arbitrariedad” (José Fernando Márquez, “Valoración y cuantificación de la pérdida de chances”, LLC 2008 (julio), pág. 595).

7.3.Pero esta reducida ac tividad probatoria no implica derechamente el rechazo de la demanda, porque cuando, como en el caso, cuando hay un daño injusto pero que sólo no se ha probado con exactitud en su extensión, hay que indemnizar, en la medida de lo posible y aun a costa de la flexibilización del principio de congruencia.

Así ha ocurrido en numerosas oportunidades con el lucro cesante, que insuficientemente probado abrió paso a la concesión de la pérdida de chances. Por ejemplo, cuando el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes así lo hizo a partir de una demanda de daños y perjuicios instaurada por los dueños de una emisora de FM contra la Sociedad Argentina de Autores y Compositores (SADAIC) y por la cual se pretendía la reparación de los rubros lucro cesante y daño moral en función del daño que les ocasionara la adopción de dos medidas cautelares por cuyo efecto se impidió a la emisora propalar música nacional e internacional y en consecuencia se produjo la abrupta baja de los espacios de publicidad vendidos durante el prolongado tiempo en el que dichas cautelares tuvieron vigencia.

Lo interesante del fallo radica en que la Corte correntina entendió que si bien en la especie no se daban los elementos configurativos para la aplicación de la figura de lucro cesante (puesto que la prueba aportada era insuficiente para demostrar que las pérdidas en concepto de publicidad sufridas por la emisora fueron consecuencia de las medidas cautelar logradas por la demandada), sin embargo cabía la indemnización a título de pérdida de chances desde que “El rubro ‘pérdida de chance’ difiere cualitativa y cuantitativamente del ‘lucro cesante’. Podría decirse que la diferencia entre uno y otro rubro estriba en el mayor o menor grado de certeza sobre la frustrada producción efectiva de las ganancias. Mientras la chance siempre permanece en grado de probabilidad, aunque objetivamente juzgada.de su lado, el ‘lucro cesante’ es siempre efectivo beneficio frustrado.[.] más allá del encuadramiento o mote asignado al reclamo, lo pretendido por los actores no fue en realidad la reparación de un ‘lucro cesante’, sino siempre la de una ‘pérdida de chance’. Claramente ello resulta de la demanda, cuando se estima el daño en un porcentaje (38%) de la suma que habría dejado de vender por mes en concepto de publicidad y, expresamente, del escrito de la apelación. Cierto es que esa disminución pudo deberse o no a la falta de publicidad, mas conforme al curso normal y ordinario de las cosas, las radioemisoras emiten música tanto nacional como extranjera, por lo tanto es posible presumir la posibilidad frustrada de ventas de publicidad por Rock S.R.L. Lo que significa ocurrencia de pérdida de chance, comprobada en causa.” (STJ Corrientes “Rock S.R.L. y Yampey, Ricardo c/ S.A.D.A.I.C. s/ Daños y perjuicios” , sentencia n° 12, del 11/02/11, en <http://www.diariojudicial.com/contenidos/2011/03/13/noticia_0001.html>).

El caso resuelto por el tribunal -en el cual se acudió al principio iura novit curiae, se flexibilizó el principio de congruencia y se aplicó el principio de reparación integral- evoca una situación similar que se presenta en el caso de las demandas por los daños provocados por la privación de uso de un bien (que en la jurisprudencia mayoritariamente son las referidas al caso de los automotores durante el tiempo que demanda su reparación) y donde en ocasiones, pese a no acreditarse acabadamente la existencia del beneficio económico del cual se vio privado el afectado para conceder el lucro cesante, probada la indisponibilidad del bien por consecuencia del evento dañoso, se otorga igualmente una compensación a título de pérdida de chances (de obtener alguna ganancia) o de mera privación de uso por los costos de sustitución del bien durante el tiempo de la indisponibilidad.

En definitiva, la distinción estriba en que etimológicamente chance es un término que se relaciona con las nociones de ocasión, oportunidad, probabilidad, expectativa, de modo que la pérdida de chance en el plano económico es precisamente la frustración de esas expectativas de obtener las ganancias (o de evitar las pérdidas), las que sin dejar de ser ciertas (en cuanto a que de no haberse producido el hecho dañoso la oportunidad de ganar o no perder existe), están rodeadas de algún grado de incertidumbre en cuanto a la extensión que hubieran poder obtenido, característica -esta última- que está ausente en el caso del lucro cesante. Por ello, como lo explica Zannoni: “En la pérdida de chances coexisten un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Certeza de que de no mediar el evento dañoso (hecho ilícito o incumplimiento contractual) el damnificado habría mantenido la esperanza de obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Pero también incertidumbre, definitiva, ya, de que, aun manteniéndose la situación de hecho o de derecho que presupone la chance, la ganancia se habría en realidad obtenido o la pérdida se habría evitado. Se ha advertido que las chances son, por definición, una esperanza dependiente de circunstancias contingentes. una cosa es la incertidumbre de la ganancia a la que el damnificado aspiraba y otra es la certidumbre de la probabilidad perdida.” (Eduardo A. Zannoni, “El beneficio o ganancia frustrada y las meras chances. Los daños hipotéticos o eventuales (Lucro cesante, pérdida de chances y peligro de daño futuro)”, en “Revista de Derecho de Daños”, 2008-1, “Chances”, Rubinzal Culzoni, pág. 89 y ss).

Y como lo indica Trigo Represas: “.hoy en día se acepta en general, pacíficamente, que la pérdida de una chance constituye la privación de una utilidad o de un beneficio patrimonial, que muy verosímilmente se habría podido lograr de no haberse producido el hecho dañoso, lo que implica, sin duda un daño cierto indemnizable.” (Félix A. Trigo Represas, “La pérdida de chance en el Derecho de Daños.De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad. La noción”, en “Revista de Derecho de Daños”, 2008-1, “Chances”, Rubinzal Culzoni, p. 54/55). Es decir -y por ponerlo en palabras de Bustamante Alsina-: “toda chance es un interés legítimo, es decir protegido por la ley, porque es una expectativa patrimonial del titular de un patrimonio que, como tal, tiene certeza, y si aquella expectativa se realiza se obtiene la ganancia esperada. En cambio si la posibilidad se frustra existe una lesión actual al interés legítimo que ella representa y que constituiría un derecho subjetivo potencial, el cual se convierte en una facultad de actuar para reclamar en justicia el valor económico de aquella esperanza” (Jorge Bustamante Alsina, “La indemnización por pérdida de chance y el resarcimiento del daño moral por incumplimiento contractual”, LL 1989-D-291)”.

Siempre en la pérdida de chance “hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento [.] habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades” (Pedro Néstor Cazeaux, “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual e hipotético. Pérdida de chance”, en “Temas de responsabilidad civil. En honor al Dr. Augusto M. Morello”, Platense, La Plata, 1981, pág. 23 y ss., n° 10).

En definitiva, para que pueda indemnizarse y cuantificarse adecuadamente el daño deben concurrir los siguientes elementos:a) debe existir una oportunidad futura y probable de obtener una ganancia o bien de evitar un perjuicio conjurable que finalmente se produce; b) la oportunidad de beneficio o de evitación de perjuicio debe tener una probabilidad suficiente de producción (la chance se sitúa entre el daño cierto -en el que existe certeza de su existencia- y el daño hipotético -en el que existe certeza de su inexistencia-); c) el resultado de la oportunidad debe ser incierto al momento del hecho dañoso (si hay certeza, hay daño reparable en su totalidad; si hay total incerteza, no hay daño, ni a título de chance), y d) debe existir un hecho ajeno a la situación que frustre la oportunidad (el decurso normal de los acontecimientos concluiría, con probabilidad, en el beneficio, o en el no perjuicio) (José Fernando Márquez, “Valoración y cuantificación de la pérdida de chances”, LLC 2008 (julio), pág. 595).

Ahora bien: resulta a todas luces claro que, a fin de determinar el quantum indemnizatorio los jueces deben fundamentar su decisión, estableciendo con claridad en qué elementos de juicio basan su decisión (SCBA, 23/11/93, “González, Alejandro C. c/ Edos S.A. s/ Accidente”), lo que no impide recurrir a las autorizaciones que ordinariamente les conceden los ordenamientos procesales puesto que, como bien se ha expresado, la cuantificación del rubro no puede ajustarse a criterios matemáticos ni estadísticos, y la facultad concedida a los jueces por el tercer párrafo del art. 165 del CPCCN es en definitiva una concesión amplia realizada por el legislador a quienes se les ha confiado la función institucional de brindar una solución pacífica y justa a los conflictos (en razón del conocimiento específico y de las máximas de la experiencia)-, a fin de que pondere con prudencia la cuantía del daño atendiendo al universo de hipótesis justiciables, pero con especial referencia al caso dado (CCiv. y Com. San Martín, Sala 2, 15/12/94, “Sandoval, Wadalberto y ot.c/ Claro Bertán, Roberto s/ Daños y perjuicios”). Desde luego, tales autorizaciones, deben ser ejercidas con prudencia y sin crear, en un caso particular, determinaciones cuyos montos excedan razonablemente las otorgadas en casos relativamente análogos (CCiv. y Com. Morón, Sala 2, 14/8/97, “E., E.M. c/Duarte, Miguel”).

Bajo estas coordenadas, la jurisprudencia ha recep tado diferentes tipos de reclamos por este rubro, tal como lo explica Piedecasas, quien remite a mero título de ejemplo, a los siguientes casos: a) por la muerte del cónyuge y la consiguiente frustración de ayuda que ello acarreó (CCCom. de Rosario, sala 3, 3/7/2007, L.L. Litoral 2007 (noviembre), 1123); b) por la indisponibilidad de un inmueble, lo que impidió la posibilidad de que se llevaran adelante distintas clases de operaciones con éste (C1aCCom. de San Isidro, sala 1, 7/6/2007, L. L. B. A. 2007 (octubre), 1066); c) por la demora de la municipalidad en el visado de los planos, lo que frustró determinadas posibilidades de utilización (TSJ de Neuquén, 22/2/2007, D. J. del 14/11/2007); d) por el obrar del personal policial que impidió la identificación del autor de un choque y frustró las posibilidades de accionar contra éste (SCJ de Mendoza, 27/3/2007, J. A. del 11/7/2007); e) por las lesiones sufridas al ser golpeada por una pelota de golf y el tiempo de recuperación que ello le llevó, que frustró diversas posibilidades de actividades (CNCiv., sala K, 15/3/2007, R. C. y S. 2007-852); f) por la deficiente prestación del servicio de salud brindado en un hospital municipal, que impidió la posibilidad de curación (CCCom. de Mercedes, sala I, 26/9/2006, L.L. online); g) por una inhabilitación incorrecta de una cuenta corriente bancaria por el Banco Central de la República Argentina, que frustró la posibilidad de actuar comercialmente con ésta (CNCom., sala E, E.D.221-511); h) por el fallecimiento de los hijos en actos de servicio y la frustración de la ayuda que éstos podrían dar (CNFed.CC, sala I, 17/8/2006, R. C. y S. 2007-1-74), e i) por las graves lesiones sufridas por un jockey aprendiz durante una rodada en un entrenamiento y que frustró sus posibilidades de seguir actuando como tal (CNCom., sala A, 17/8/2006, L. L. 2006-F-175).

Agrega el autor que en el caso concreto se debe probar: “Si de acuerdo a las circunstancias del caso lo afirmado tiene aptitud para generar el hecho o el bien. Si este hecho puede suceder o existir. Si es verosímil que pueda suceder o existir, o sea que resulta creíble que así sea, por no ofrecer aspecto alguno de falsedad. Si es razonable esta ocurrencia. Que se frustró por un factor atribuible al responsable. Que sea cuantificable económicamente. Y que la contraparte no demuestre que igualmente no hubiere sucedido o existido. en materia de configuración de daños por pérdida de chance, los criterios numéricos deben ser referenciales, mas no decisivos ni exclusivos para su admisibilidad. Por ello se sostiene que “el método no escapará jamás a un cierto arbitrio”. no se fija sobre la base de la ganancia o la pérdida que era objeto de la ‘chance’, sino de la ‘chance’ misma, puesto que ésta es lo que se frustra. También se habla de su ‘intrínseco valor económico de probabilidad’. “Cuando hay certeza y no posibilidad ni probabilidad salimos del ámbito de la “chance” para ingresar en el lucro cesante, y en este criterio no existe discrepancia doctrinaria ni jurisprudencial.

“No compartimos la tesis de aquellos que sostienen que la “pérdida de chance” debe ser analizada con un criterio restrictivo. Debe ser analizada como cualquier otro rubro, observando la prueba rendida y la verosimilitud y razonabilidad que ofrece la misma respecto de lo reclamado.” (Miguel A.Piedecasas, “La pérdida de chance en la CSJN”, en “Revista de Derecho de Daños”, 2010-1, “Juicio de daños”, Rubinzal Culzoni, pág. 178 y ss)

A la luz de lo expuesto precedentemente puede observarse que existe un claro esfuerzo de la judicatura por arribar, sin forzar indebidamente los principios procesales, a la solución que en definitiva se presenta como la más probable de acuerdo al normal desenvolvimiento de la vida en sociedad y al curso ordinario de las cosas, ajustándose a parámetros incluso supranacionales en lo que hace al derecho a la reparación plena. Por ello, la vigencia de este principio incluso ha llevado a los jueces a indemnizar aún a falta de prueba específica alguna, en uso de las facultades discrecionales de ponderación que les otorgan los códigos procesales (v.gr., los llamados en la jerga “días taxi” en la mera privación de uso); incluso a cargar las cosas totalmente a la demandada, pese a la improcedencia de algunos de los rubros reclamados, y hasta a viabilizar subsidiariamente un rubro que no estaba estrictamente demandado pero cuyo debate implícitamente se había dado de manera suficiente en autos y contaba con probanzas suficientes para su recepción, como ocurrió en el caso del Tribunal Superior de Corrientes más arriba mencionado.

En síntesis, en los casos concretos sometidos a juzgamiento se debe partir de una visión que privilegie llevar a cabo una realista jurisprudencia de necesidades en vez de practicar una aséptica y puramente intelectual jurisprudencia de conceptos (Antonio Butera, “La rivocazione delle sentenze civili” Torino Utet, 1936, No.1, pág. 3 cit. por Aída Kemelmajer de Carlucci en SCMendoza, Sala I, set.2-1999, “Puebla, Ricardo A. c/Banco de Previsión Social SA. s/acción de nulidad”, ED. 185-877).

7.4.Bajo estos parámetros, y dado que no existen elementos de certeza suficientes para otorgar la indemnización a título de lucro cesante, corresponde hacer lugar a ella a título de pérdida de chance, con toda la flexibilización probatoria y las licencias otorgadas a la judicatura en el plano de la ponderación del monto a otorgar por tal rubro.

Esto porque no cabe duda que de acuerdo con la mecánica común actual del rubro al que se dedica la actora, los turnos se conciertan telefónicamente (no es dable presumir que un profesional del ramo ponga necesariamente a disposición celulares o formas de comunicación en línea, salvo que esto fuera probado por quien lo alegue) y también resulta claro que si estuvo ese posiblemente único medio de comunicación interrumpido por razones imputables a la demandada, entonces puede atribuirse a ella la responsabilidad por el daño causado por la falta de comunicación (salvo prueba en contrario), entre los cuales (porque podrían haberse alegado otros), se encuentra la baja de los niveles de atención de pacientes.

Ante la falta de prueba concreta de esa merma, corresponde evaluar que se está frente a una profesional de la odontología, que necesariamente debe atender en un espacio físico con determinada aparatología que no puede trasladarse y que por lo tanto se constituye en probablemente el único lugar referencial en el que pueda ubicársela; que comparte el espacio con otros dos colegas y que por consecuencia tiene determinados gastos fijos para funcionar (incluido el teléfono); que existen aranceles éticos mínimos que a razón de una jornada normal pudo haber percibido y muy probablemente no percibió en toda su extensión durante ese período por la incomunicación telefónica persona-lugar.Pero como la pérdida de chance no equivale al lucro cesante, y fue correcto el razonamiento general presuntivo del a quo en la ponderación del posible daño por ese concepto (descontando los eventuales gastos y algunos momentos de funcionamiento del teléfono durante el período en cuestión), el otorgamiento del mismo a título de pérdida de chances se considera apropiado reducirlo al 20% del total demandado, siguiendo pautas respetuosas de los topes establecidos por los tribunales locales.

7.5. Con respecto a los intereses, dado que el daño fue calculado con base en los aranceles éticos orientativos al momento de la iniciación demanda (iniciada a fin de octubre de 2009 con aranceles que regirían desde noviembre de 2009), se computarán desde tal fecha de iniciación del pleito y a la tasa fijada por el a quo atento a que es la comúnmente utilizada en los juicios de naturaleza resarcitoria.

7.6. Finalmente, con relación a las costas, si bien no se ha hecho lugar a la demanda en toda su extensión ni en primera ni en segunda instancia, corresponde confirmar el criterio del juez a quo de aplicación total a la demandada.

Es que sería aplicable la regla de distribución parcial de costas establecida por el art. 252 del CPCC si no estuviésemos ante un juicio por daños y perjuicios donde debe primar el principio de reparación plena y en consecuencia, salvo en el caso en que se demanden rubros notoriamente improcedentes con relación a los hechos discutidos, corresponde que se apliquen en su totalidad a quien resulta jurídicamente responsable por las consecuencias del acto o hecho ilícito, aquí el galeno demandado, aquí a las codemandadas.

En efecto, establece el art. 252 del CPCC:”Si el resultado del pleito fuere parcialmente favorable para ambos litigantes, las costas se compensarán o se distribuirán prudencialmente por el juez en proporción al éxito obtenido por cada uno de ellos; pero si la reducción de las pretensiones de una de las partes fuera relativamente insignificante, procederá la condenación total en costas al adversario”, norma que reafirma el principio del “vencimiento” -contenido especialmente en el art. 251 del mismo cuerpo normativo- como pauta objetiva para la distribución de las costas, pero la entidad de los vencimientos no debe ser ponderada con criterio estrictamente matemático, puesto que tal como lo señala Pagnacco, la distribución debe “.ponderarse con criterio jurídico y no puramente aritmético, lo cual implica valorar por parte del juez la trascendencia de lo admitido y lo desestimado, no en el aspecto exclusivamente cuantitativo, sino en su conjunto para poder apreciar prudencialmente cuál es el apropiado y equitativo prorrateo del rubro costas.” (Eduardo Pagnacco, comentario art. 252, en “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, T. 1, Juris, 1996, pág. 781/2).

En otras palabras, esto implica que “lo admitido o rechazado deber ser valorado cualitativamente por el magistrado a quo, en la real trascendencia que tiene para la posición asumida por cada litigante en el pleito. . atendiendo al “criterio jurídico y no meramente matemático que implica que lo admitido o rechazado debe ser valorado cualitativamente por el magistrado, en la real trascendencia que tiene para la posición asumida por cada litigante en el pleito.” (Hernán G. Carrillo, comentario art. 252 del CPCC en “Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe”, 2° edición actualizada, Juris, 2006, pág.324)” (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala 2ª, “Nuevo Banco de Santa Fe c/ Queirolo Adriana s/Cobro de Pesos”, Acuerdo n° 108/13)

Desde luego, en esa labor de ponderación, el principio objetivo de la derrota reconoce algunos matices, porque en los procesos de daños se pone el acento en la declaración de responsabilidad antes que en la cantidad de rubros que prosperan, atendiendo al principio de reparación plena. En tal inteligencia, explica Peyrano que “.predominan los pronunciamientos que consideran que las costas causídicas deben ser soportadas íntegramente por el responsable del daño sufrido, aunque no prosperen íntegramente los rubros resarcitorios pretendidos por el actor, dado que las costas forman parte de la indemnización, salvo que se determinase la existencia de culpa concurrente en la víctima que pretende la indemnización, en cuyo caso las costas deben distribuirse en proporción a sus respectivos vencimientos.” (Jorge W. Peyrano, “Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, t. 1, Juris, 1996, pág. 782), criterio que puede corroborarse en diversos fallos de esta Cámara, donde, p.ej., se ha dicho: “Tratándose de procesos de índole resarcitoria, en principio el imperio del art. 252 CPCCSF en materia de costas, cede ante el derecho que tiene la actora derivado de la legislación de fondo de obtener una reparación íntegra, y ésta se vería mermada por la obligación de pagar parte de las costas.” (CCC, Rosario, Sala 4a, in re “Astudillo C. E. y/o c/ Cinema International Corporation SA s/ Cobro de pesos”, 11/07/85, T. 51, J- 218, Rep. Zeus, T. 8, pág. 381; criterio seguido en otros pronunciamientos tanto de esa Sala (21/10/83, Zeus 34, J-186) como de la Sala 1a (Acuerdo n° 25 del 20/04/93 y Acuerdo n° 1 del 12/02/96, entre muchos otros).

8.En síntesis de las razones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la demandada, en los términos establecidos supra, con costas a la demandada. Además, los honorarios de segunda instancia deben regularse en el 50% de los que correspondieran a la primera.

Voto, pues, por parcialmente por la afirmativa.

Sobre la misma cuestión, el doctor Muñoz dijo: por las mismas razones que invoca el doctor Puccinelli, adhiero a sus conclusiones y voto en idéntico sentido a la segunda cuestión.

Sobre la misma cuestión, la doctora. Lotti dijo: me remito a lo expresado al tratar la primera cuestión.

A la tercera cuestión, el doctor Puccinelli dijo:

Atento al resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde rechazar el recurso de nulidad y hacer lugar parcialmente al de apelación, con costas a la demandada (art. 251, CPCC), regulándose los honorarios de los profesionales intervinientes en esta instancia en el 50% de los que correspondieran a la primera (art. 19, ley 6767).

Así voto.

Sobre la misma cuestión, el doctor Muñoz dijo: El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el doctor Puccinelli y así voto.

Sobre la misma cuestión la doctora Lotti dijo: me remito a lo expresado al tratar la primera cuestión.

En mérito de los fundamentos del Acuerdo que antecede, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario RESUELVE: 1) Rechazar el recurso de nulidad y hacer lugar parcialmente al de apelación interpuesto por la demandada, en los términos establecidos en los considerandos del presente. 2) Cargar las costas a la demandada vencida (art. 251, CPCC). 3) Regular los honorarios de segunda instancia en el 50% de los que correspondieren a primera (art. 19, ley 6767).

Insértese, agréguese copia a los autos, hágase saber y tómese nota marginal del presente en el protocolo del juzgado de origen. (autos: “TAMBORINI, MARIA CAROLINA C/ TELECOM ARGENTINA SA S/DAÑOS Y PERJUICIOS- LEY 24.240” (CUIJ: 21-01280480-3).

OSCAR R. PUCCINELLI

GERARDO F. MUÑOZ

MARIA DE LOS MILAGROS LOTTI

(art. 26 ley 10.160)

ALFREDO R. FARIAS