---- En la ciudad de Trelew, a los días de junio del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“E., J. c/ C., J. E. y Otro s/ Daños y Perjuicios” (Expte. 421 – Año 2018 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 678. ---- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Lucero dijo: ----------

---- Vienen a conocimiento de este tribunal de alzada las presentes actuaciones con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs. 641 y 644 -aclaratoria-, por el codemandado Sr. H. E. E. en contra de la sentencia definitiva dictada en autos a fs. 626/637 vta. ----------

---- La sentencia apelada resuelve hacer lugar a la demanda que por daños y perjuicios entablara el Sr. J. E. en contra de los Sres. J. C. y H. E. E., condenando a los mencionados demandados a que, en el plazo que fija, le abonen al actor la suma de $ 779.805,15 con más la tasa de interés activa que aplica el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales a treinta días, desde la fecha del hecho (07/10/2012). Ello con imposición de las costas a cargo de la demandada. Asimismo, se excluye de la condena a la citada en garantía “Z. A. C. d. S. S.A.”, por las razones expresadas en el respectivo considerando. ----------

---- I.- El co-demandado impugnante, Sr. E., sostiene los siguientes agravios, a saber: ---- a) Prescripción de la acción: que la presente acción se encuentra prescripta en virtud de encontrarse en la esfera de la responsabilidad extracontractual y en virtud de la norma aplicable, Código Civil conforme lo dispone el artículo 4.037 (texto según el Código vigente al momento del siniestro), por lo que el plazo de prescripción era de dos (2) años. En razón de ello, manifiesta, y no habiendo existido acto interruptivo y/o suspensivo alguno por parte del actor, expresa que el plazo hábil para instar la acción judicial feneció el día 7 de Octubre del año 2014. Señala que la Jueza a quo trata la prescripción planteada por esta parte en forma equívoca por dos motivos. El primero de ellos –dice- radica en considerar que la vinculación entre las partes, en base a las consecuencias del hecho dañoso, no deriva de una responsabilidad aquiliana o extracontractual. Remarca que se encuentra acreditado con las manifestaciones de los testigos que el actor se encontraba en un severo estado de ebriedad y que, debido a lo cual se produjo un altercado dentro del establecimiento lo que derivó que haya sido expulsado del mismo. Así, sostiene que en ese momento finalizó el contrato, no solo por el comportamiento del actor (culpa), sino que al salir del establecimiento el Sr. E. se encontró cerca de 5 minutos afuera del establecimiento y a una considerable distancia, prueba de ello fueron las declaraciones de los testigos y del video presentado como

documental. Por todo ello considera el apelante que el contrato había finalizado y por consiguiente su responsabilidad concluye como contractual y en todo caso deviene extracontractual. Manifiesta que con el criterio de la sentenciante si una persona sale de un restaurant o de un concierto y es abordado por extraños para robar sus pertenencias debería responder por ello el dueño del restaurant, lo cual es impensado, ilógico e ilegal. Continúa expresando el recurrente que el segundo punto equivocado en la sentencia de primera instancia respecto a la prescripción es la aplicación de los cinco años conforme establece el Código Civil y Comercial de la Nación para aquellos supuestos donde la norma no prevea un plazo especial. Ahora bien –dice-, aún suponiendo que la Jueza a quo actuó dentro de los límites del iura novit curia, modificando la imputación jurídica del proceso otorgada por el actor, la norma aplicada sí prevé un plazo de prescripción especial y distinto al del Código Civil y Comercial de la Nación. Así, la norma invocada por la magistrada, en su Art. 50, en virtud de la aplicación de la Ley 26.361 expresa que: "Prescripción. Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de TRES (3) años.". La interpretación del plazo allí indicado es para las acciones civiles emergentes de la ley. Debido a ello, señala que habiendo ocurrido el hecho el 7 de octubre del año 2012 e interpuesta la demanda el 13 de octubre del año 2015, la acción se encuentra prescripta. ---------- b) Violación al principio de congruencia – debido proceso: Expresa que le causa agravio el hecho de que la Magistrada haya "modificado" literalmente el enfoque de la demanda transformándola de un proceso regido íntegramente por normas de derecho civil, conforme la pretensión del actor, a un proceso de connotaciones propias de defensa del consumidor, donde las reglas procesales, o bien son distintas, o directamente otras. Sostiene que esta situación violenta el debido proceso y la imparcialidad que debe tener el Juez sentenciador y que esto se produce al modificar la plataforma jurídica en la cual el caso fue puesto a la Jueza a quo para su resolución. Señala que la facultad del Juez de aplicar el iuria novit curia para encausar el proceso judicial dentro de la normativa de Defensa del Consumidor ha variado las reglas del juego, al hacer extensivo un régimen de seguridad causi-objetivo del supuesto deudor más allá del límite razonable e impuesto por el actor en su demanda. ---------- c) Culpa de la víctima: Entiende el apelante que la Jueza a quo equivocó su análisis al tener por acreditado y extendido el vínculo contractual existente más allá del momento en que el Sr. E. es retirado del local de esparcimiento por su estado etílico. Asimismo, dice que la sentenciante olvidó tener en consideración y valorar correctamente que el Sr. E. se encontraba en total y absoluto estado de ebriedad, lo que le impedía no solo razonar sino también tener comportamiento acorde a la vida en sociedad. Manifiesta que la a quo no consideró que el actor fue expulsado del local por su comportamiento. Remarca que se acreditó en la instancia de grado que: 1°) con motivo de una trifulca E. es expulsado del local comercial, 2°) que estuvo no menos de cinco (5) minutos fuera

del mismo, y 3°) el Sr. C. le propicia un golpe de puño afuera del mismo en defensa de las agresiones del Sr. E. Tampoco la Jueza a quo tuvo en cuenta una prueba directa como fue el video acompañado por las partes. Dice que en el mismo se puede constatar que E. estuvo a varios metros de la puerta del local bailable incluso, expresa que el íter de tiempo transcurrido entre que fue expulsado y el daño extracontractual sufrido por éste es suficiente para determinar que para todas las partes el contrato había finalizado. Finalmente entiende que tampoco la Jueza a quo evaluó correctamente e imputó responsabilidad a su parte, por la pasividad de la policía que se encontraba en el lugar. ---- d) Rechazo de la citación en garantía: Señala el agraviado que se ve sorprendido por el rechazo de la Jueza a quo en cuanto a la eximición en la extensión de responsabilidad de Z. A. C. d. S. S.A. Expresa que identificó la póliza con la que contaba al momento que fue notificado de la demanda y que, asimismo, se solicitó como prueba subsidiaria en caso que la compañía aseguradora niegue la existencia de un seguro, la designación de un perito contador único y de oficio. Expresa que esta prueba pericial contable devino claramente innecesaria porque fue la misma compañía quien manifestó la existencia y vigencia de una póliza al momento del hecho. Remarca que en la presentación la compañía de seguros, luego de negar la vigencia de seguro con el número de póliza denunciado por esta parte, efectúa un categórico "reconocimiento" del hecho. Manifiesta el apelante que, por ese motivo, consideró irrelevante determinar cuál era el número correcto de la póliza si con la manifestación expresa y con la documental acompañada al contestar la citación de la aseguradora bastaba para acreditar que al momento del hecho este codemandado se encontraba asegurado en dicha compañía y por el riesgo

indicado. ----------

---- La parte actora, al responder a los agravios formulados, comienza señalando que el apelante en su recurso de apelación no cumplió con la carga establecida por el art. 268 del CPCC, al omitir efectuar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que considera equivocadas, razón por la cual solicita se declare la deserción del recurso interpuesto tal como prescribe el art. 269 del CPCCC. ----------

---- Sin perjuicio de lo cual, expresa en relación con la “prescripción de la acción – responsabilidad extracontractual” que al pagar una entrada para ingresar al local bailable se convirtió en consumidor de un servicio, como lo es un local de esparcimiento que, además, provee los servicios de expendio de bebidas alcohólicas, música, pista de baile, servicio de seguridad, etc. Señala que, si entendemos que la noción de relación de consumo es más amplia que la de contrato de consumo, podemos ver que la relación de consumo es de naturaleza obligacional y tiene como causa fuente el llamado contrato de consumo. Por el contrario –dice- solo puede entenderse como fuente extracontractual a todas las situaciones que son anteriores a la celebración de cualquier contrato y sin relación con éste, es decir se trataría hechos dotados de virtualidad jurídica que tienen

en miras vincular al consumidor con el proveedor. Teniendo en cuenta ello, entiende que no hay equívoco en el razonamiento de la Sra. Juez, toda vez que ha considerado que el hecho de pagar un precio en dinero para acceder a un local bailable ha devenido en una relación de consumo entre el prestador y quien reviste el carácter de consumidor.
Indica que al Sr. E. le cabe el encuadre de proveedor, en este caso de un servicio de esparcimiento, música, pista de baile, bebidas alcohólicas, servicio de seguridad, guardarropa, etc., todo lo cual queda englobado en la celebración de un contrato de consumo. Así, sostiene, que, calificado el caso como relación de consumo, solo es posible garantizar al consumidor el piso mínimo protectorio en materia de derechos. El Sr. E. remarca que los derechos de los consumidores y usuarios, en la actualidad, forman parte de un bloque de derechos reconocidos por nuestra Carta Magna, lo cual no tiene discusión, por lo que todas las demás leyes que se dicten deben integrarse de forma tal que permitan garantizar un piso mínimo de protección a los derechos del consumidor. En consecuencia, sostiene que va de suyo que, tal como está establecido en la Ley N° 24.240, en caso de duda o de colisión de normas, debe estarse por la aplicación de la que resulte más favorable al consumidor. Por ello entiende que queda claro que la Magistrada de primera instancia no ha hecho otra cosa que ceñirse a la legislación que garantiza el mínimo protectorio en materia de derechos que como consumidor le asisten a su parte como actor. Resalta que toda vez que la misma Ley N° 24.240 establece en su art. 65 que es de orden público, el a quo no puede sustraerse de su aplicación sin que ello no le sea reprochado. Además, expresa que sostuvo en su escrito de inicio que la responsabilidad que le cabía al Sr. E. era de carácter contractual justamente porque la relación que vinculó a éste con su parte tenía su origen en esa fuente de las obligaciones. Y, como el hecho ocurrió el 7 de octubre de 2012, el plazo de prescripción de la responsabilidad contractual en ese momento era de diez (10) años, por lo que la interposición de la demanda fue realizada en tiempo oportuno con lo cual resulta improcedente el planteo de prescripción bienal. Manifiesta el actor que la Sra. Juez a quo entendió que la relación se encuadraba en una relación de consumo, la cual presupone la existencia de un contrato de consumo, con la cual se aplicarían todas las normas relativas a la Ley N° 24.240 y aquellas normas relativas a los consumidores que se encuentran en el Código Civil y Comercial, el cual entró en vigencia el 1 de Agosto de 2015, esto es, un par de meses antes de la interposición de la demanda. En consecuencia, señala que en materia de prescripción se aplican las normas generales establecidas por el CCC que en su art. 2560. Continúa diciendo que, entonces, si el incidente que dio lugar al presente reclamo ocurrió en el año 2012 y la acción se interpuso en 2015, la acción no se encontraba prescripta como alega el recurrente. Remarca que el plazo de prescripción se encontraba interrumpido por dos cuestiones: por el proceso de carácter penal que se había iniciado contra el Sr. C. y también en virtud de la intimación cursada al Sr. E. en fecha 24 de septiembre de 2015, recibida en

fecha 25 de septiembre de 2015. Sostiene por ello que, al estar suspendidos los plazos, la invocación de la prescripción del plazo por parte del demandado resulta ser un agravio infundado toda vez que la demanda fue interpuesta dentro de los términos establecidos. ---- En cuanto a la denunciada “violación al principio de congruencia y del debido proceso”, menciona que el recurrente en su expresión de agravios soslaya que la Ley N°

24.240 es de orden público, es decir, que en el aspecto legal se coloca en el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias para el a quo, donde no cabe transigencia ni tolerancia alguna, por afectar el interés social y garantías constitucionales expresamente consagradas, lo que implica la manifestación de un equilibrio jurídico para nuestro sistema. Así dice, que, al ser sus normas inconmovibles, denota las características que deben ser respetadas y obedecidas sin reparo, no pudiendo alegarse contra su observancia, usos, prácticas o estipulaciones en contrario, a fin de evitar que se produzcan perturbaciones o conflictos en nuestra sociedad. Remarca que el principio "iura novit curia" permite al Juez emitir su fallo conforme al derecho que considere aplicable, lo que no podría hacer nunca el Juez es modificar los hechos alegados por las partes. Señala que dicho principio implica que el actor en la demanda debe mencionar cuales fueron los hechos y en dónde radica su perjuicio, pudiendo inclusive no hacer mención alguna al derecho aplicable, teniendo potestad el Juez para encuadrar la situación dada en la que estime corresponder, resultando una manifestación del dicho latino "da mihi factum, dabo tibi ius'". Por ello sostiene que, si aun esta parte no hubiera citado el derecho a aplicar, el a quo debería haber encuadrado la situación fáctica en el derecho aplicable, lo que en definitiva realizó en autos. Pone de resalto que el recurrente manifiesta que la aplicación del derecho del consumidor le ocasiona un perjuicio toda vez que no pudo ejercer defensa al respecto, pero omite mencionar cuáles hubieran sido esas defensas, omitiendo también mencionar en qué hubieran variado las defensas que efectivamente ejerció. Entiende así que ese argumento es inatendible ya que respecto al derecho aplicable no se puede ejercer defensa alguna y la única que ejerció pretendiendo encuadrar la situación como extracontractual fue rechazada. ---------- ---- En cuanto a la alegada “culpa de la víctima” señala que por los agravios expresados entiende que el codemandado termina reconociendo la responsabilidad de carácter contractual, a lo que agrega que las críticas que aquí menciona resultan meras discrepancias con la valoración de las probanzas que el a quo ha merituado en autos. Manifiesta que no se debe perder de vista que el suceso se produjo en un local bailable denominado "E. M. R." y que, como tal, ofrece dentro de sus servicios no solo la música, la pista de baile sino también el expendio de bebidas alcohólicas. Remarca que una persona alcoholizada no da derecho a que sea golpeada salvajemente por personal de seguridad especializado en artes marciales, cuando la obligación del empresario resulta ser todo lo contrario, esto es brindarle seguridad y contención a una persona que se

encuentra en inferioridad de condiciones y expuesta a peligros dentro de su establecimiento, máxime cuando el propietario es el responsable de la venta del alcohol que coloca a la persona en esta situación de vulnerabilidad. Señala que el contrato de consumo que vincula a las partes termina cuando finaliza la actividad contratada y así es común que al ingreso del boliche se identifique a los clientes con un sello en la mano o con una cinta para que de esta forma puedan salir del local y luego volver a entrar si así lo desean, si no existiera este tipo de identificación presentan el ticket de ingreso para poder volver a ingresar. Asimismo, agrega, que su intención era la de que le entregaran su campera y que, con esa motivación, se acercó a la puerta del boliche. En cuanto a la no evaluación por la juez a quo de la pasividad de la policía que expresa el codemandado apelante, señala que los policías nunca fueron objeto del reclamo. ----------

II.- En los límites provistos por el contenido de los agravios planteados por el codemandado impugnante, Sr. E., como asimismo, atendiendo a la respuesta dirigida a ellos por la parte actora, ingresaré a su tratamiento siguiendo para ello la misma cronología con la que fueran concretados, en tanto que ella responde al orden lógico con el que deben tratarse los distintos tópicos a los que refieren. En su caso, cuando por su continencia, conexidad o identidad así lo permita, se los examinará en conjunto. ----a) y b) **Prescripción de la acción – violación del principio de congruencia – debido proceso:** Estimo que los agravios identificados en el epígrafe se encuentran vinculados íntimamente entre sí, desde que lo que se decida respecto a uno de ellos depende o se proyecta sobre la suerte del otro. Paso a explicarme. ----------

A tal efectos es menester comenzar el presente análisis recordando que la juzgadora de grado comenzó afirmando en su considerando que *"…Dado que la presente acción tiene por objeto el reclamo de daños y perjuicios que se habrían producido por un incidente de golpes en el local bailable "M. R.", califico el caso como una relación de consumo…"* (Sic)(Ver: primer párrafo del considerando, fs. 627). ----------

La porción transcripta trasciende y su proyecta indudablemente sobre el instituto de la prescripción liberatoria postulada como defensa de fondo por el co-demandado Sr. E. al tiempo de responder a la demanda (Ver: escrito contestatario, punto II, acápite c), fs.
59/63 vta.). ----------

---- Nótese que se postuló como fundamento de la pretensión defensiva, centrada en sostener que la acción se encuentra prescripta, que la responsabilidad que el actor le intenta imputar a su parte, en calidad de propietario del local bailable y empleador del co-demandado C., es de carácter extra-contractual, indicando a tal efecto que el plazo liberatorio es de dos (2) años. Y, expone de allí que: *"…Siendo claros el lamentable episodio sucedió el día 7 de Octubre de 2012, conforme lo dispone el art. 4.037 del Código Civil (texto según Vélez Sarsfield vigente al momento del siniestro) el plazo de*

prescripción era de dos (2) años (…) No habiendo habido acto interruptivo y/o suspensivo alguno por parte de E., el plazo hábil para instar la acción judicial feneció el día 7 de

Octubre de 2014 (…) Recién el día 25 de Septiembre del año 2015 (casi tres años después), el actor remite una carta documento al suscripto, intimando el pago de una determinada suma de dinero por los hechos acaecidos, pero toda vez que el plazo de prescripción ya se encontraba cumplido, así le fue contestado…" (Sic)(Ver: escrito de contestación de la demanda, fs. 59 vta., 7º , 8º y 9º párrafos). ----------

--- Así pues, ello explica por sí mismo el porqué se ha dicho antes que existe una íntima vinculación entre ambos agravios, los que se examinan en conjunto. Ello es de tal manera por cuanto indudablemente la aplicación del régimen de protección del consumidor y del usuario al caso impone que se aplique el plazo de prescripción de tres (3) años, que era el contemplado especialmente por el art. 50 de la ley 24.240 para todas las acciones judiciales, administrativas y las sanciones emergentes del dicho régimen tutelar del consumidor y del usuario (según texto del art. 23 de la ley 26.361, el que se mantuvo inalterado en el plazo -no así a los supuestos que se aplica- por la reforma del anexo II aprobado por el art. 2º de la ley 26.994). Y digo que es de aplicación al caso, por vía de lo dispuesto por el art. 2537 del C.C. y C. de la Nación. ----------

--- En tal dirección corresponde advertir que el citado artículo 50 de la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario refiere a la prescripción de todas las acciones *"…emergentes de la presente ley…"* no formulando distingos. De manera tal que puede concluirse que ni siquiera corresponde diferenciar supuestos de obligaciones de naturaleza contractual o aquiliana, siendo de aplicación al consumidor o al usuario el plazo de prescripción de tres años, siempre y cuando en la ley de fondo no se contemple un plazo mayor, en cuyo supuesto entraría a regir el principio contemplado por el art. 3, 2º párrafo "in fine" de la ley (principio "in dubio pro consumidor"). ----------

---- Desde otra perspectiva, focalizado el tópico del plazo de prescripción que rige el supuesto, desde la óptica del citado art. 2537 del Código de fondo vigente, indisputablemente se aplica en la especie el plazo de tres (3) años de prescripción previsto en la ley 24.240 (según texto del art. 50 sustituido por ley 26.631). Ello así, no solo por la regla contemplada en su primer párrafo, sino también por encontrarse el caso bajo análisis en el supuesto contemplado en la segunda parte del 2º párrafo. En éste se dispone que, si el plazo fijado por la ley antigua finaliza antes que el nuevo plazo, contado a partir de la vigencia de la nueva ley, se mantiene el de la ley anterior. Sea por una u otra razón o por ambas, toda vez que no se contraponen, el plazo de prescripción liberatoria de tres años contemplado por el régimen de tutela al consumidor es extremadamente relevante para decidir sobre la vigencia de la acción de daños y perjuicio intentada. ----------

- ---- Es decir, con solo establecer que la Sra. Juez a quo aplicó correctamente las

normas de tutela del consumidor y del usuario al caso, a tenor de los propios dichos expuestos por el co-demandado aquí impugnante en su escrito de responde a la demanda, se cerraría la suerte del planteo de prescripción que ahora intenta reivindicar en sustento de su recurso de apelación. Ello así, desde que reconoció expresamente el acto

"interruptivo" del plazo de prescripción ocurrido mediante el despacho postal al que refiere, de fecha, 25 de septiembre del año 2015. ----------

---He puesto encomillado al efecto "interruptivo" asignado a tal interpelación que fuera cursada por el mencionado despacho postal, puesto que en verdad tanto en los términos contemplados por el anterior art. 3986, 2º párrafo del Código Civil, como ahora en el art. 2541 del Código Civil y Comercial de la Nación vigente y aplicable al presente caso, el efecto que provocara dicha intimación no es interruptivo sino suspensivo del plazo de prescripción ya transcurrido hasta su fecha. Esta suspensión sólo tiene efecto durante seis (6) meses o el menor que corresponda a la prescripción de la acción. ----------

---- No soslayo que en relación a tal explícita referencia fáctica formulada al contestar a la demanda, con su respectivo efecto jurídico (reconocimiento del acto "interruptivo" rectius: suspensivo- del plazo de la prescripción), el co-demandado aquí impugnante intenta desdecirse al argumentar, en pretendido sostén de su agravio, cuando afirma en clara contradicción a lo oportunamente dicho por él mismo al contestar la demanda, que *"…habiendo ocurrido el hecho el 7 de octubre del año 2012, e interpuesta la demanda el 13 de octubre del año 2015, la acción está prescripta. Advierto que la misma norma establece que los actos interruptorios (sic) son aquellos que provienen de actuaciones administrativas o judiciales …y por lo tanto no habiendo efectuado el actor acto interruptivo alguno de esta índole, la acción se encuentra prescripta…"* (Ver: escrito de expresión de agravios, fs. 665). ----------

---- Me remitiré a señalar que tal postulación resulta inaudible, porque contradice una afirmación anterior que configura un hecho propio válido y jurídicamente eficaz, lo que contraviene la prohibición de ir contra actos propios anteriores (*venire contra factum proprium non valet*) como una derivación directa de la buena fe. ----------

---- Se ha dicho en este sentido que, en cualquier caso, la falta de viabilidad de la tentativa de ir en contra de los propios actos anteriores constituye un límite de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad derivado del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico un comportamiento coherente (Conf.: López Mesa, Marcelo, en "La doctrina de los actos propios", Ed. B de F, 3ª ed., año 2013, Cap. IV, pág. 133 y s.s.) .----------

---- Ello no permite que sea factible ni legítimo pretender valerse del mero artilugio de, simple y llanamente, contradecirse, afirmando con posterioridad lo contrario a lo afirmado oportunamente. ----------

---------- Y, solo a mayor abundamiento cabe señalar, con relación a los actos

interruptivos a los que refiere la norma de cita, allende que -insisto- no responde a las circunstancias del presente caso, toda vez que la interpelación cursada por el actor al demandado remite a un acto suspensivo del plazo de prescripción, no corresponde asignarle una interpretación literal restrictiva, respecto de aquella que sin mayor disputa ha sido adoptada por doctrina y jurisprudencia con relación a cómo debe ser entendido el término “demanda” contemplado por el art. 3986 del Código Civil, hoy reemplazado por el término “petición” en el art. 2546 del Código Civil y Comercia de la Nación. Resulta impensable que pueda leerse la norma del art. 50 de la ley 24.240 de diferente forma. Esto es, que se hubiera restringido el menú de los actos por los cuales se puede interrumpir el plazo de prescripción solo al inicio de la actuaciones administrativas o judiciales, cuando es doctrina recibida y estable que el término “demanda” al que refería el art. 3986 C.C. -hoy “petición” según art. 2546 del C.C. y C.-, es comprensivo de toda actividad o diligencia encaminada a la defensa del derecho, ya que más que la forma se toma en cuenta la esencia de la manifestación de voluntad del titular del derecho cuando expresa su propósito de ejercerlo (Ver: comentario de María I. Benavente al art. 2546 del C.C. y C. en, Bueres Alberto J. (Dir), “Código Civil y Comercia de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, 1ª ed., año 2017, T. 6, pág. 66). ----------

--- A título de recapitulación y resumen hasta aquí, es de aplicación al caso el plazo de prescripción de tres (3) años que rige para las relaciones de consumo. Dicho plazo liberatorio, a tenor de que el evento dañoso ocurrió el 07/10/2012, no feneció desde que la demanda fue interpuesta 13/10/2015 (Ver: cargo de ingreso de fs. 38). Ello así, desde que por despacho postal de fecha 25/09/2015, se intimó al demandado (tal como fuera expresamente admitido), operando el efecto suspensivo contemplado por el art. 2541 del C.C. y C. por el plazo de seis (6) meses. Es decir, había transcurrido 2 años con 11 meses y 18 días del plazo de prescripción de tres años hasta que se produjo el acto suspensivo. Por ello, computado el plazo de seis meses de suspensión del plazo de prescripción ya corrido y los días faltantes para su culminación, los tres años para el ejercicio de la acción fenecía en la especie recién el día 12/03/2015. ----------

---- En tal punto es que, además, se postula por el impugnante que, al aplicar el régimen tutelar del consumidor y el usuario, la juzgadora del anterior grado habría incurrido en el vicio procesal de incongruencia por no haber sido planteado el reclamo resarcitorio por daños y perjuicios con fundamento en tal marco jurídico. ----------

-

---- Observo “ab initio” que la juzgadora de grado dio sobradas razones del porqué estimó que el presente conflicto de intereses debía ser dirimido según las normas de la ley 24.240 en concordancia con las contempladas en el C.C. y C. de la Nación (Arts. 1096/1122), aludiendo básicamente a la relación de consumo que se generó con motivo la concurrencia al establecimiento del titularidad del co-demandado recurrente -sea,

indistintamente, que la misma se hubiera originado a partir de un vínculo de naturaleza contractual (contrato de esparcimiento) o extracontractual-, y señalando que la aplicación del régimen es obligatorio dado su carácter de orden público, y que, por ende, debía ser aplicado oficiosamente (Ver: considerando de fs. 627 y vta.). Tales razones no fueron refutadas por el recurrente quien se apontoca a sostener que con tal posicionamiento habría incurrido en el vicio procesal de incongruencia. ----------

---- La palabra congruencia proviene del latín *congruentia* o *congruere* que significa conformidad, coincidencia. El Diccionario de la Real Academia Española señala como primer significado: “conveniencia, coherencia, relación lógica” y un segundo como: “conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio”. ----------

--- Es indisputable que, tomando la primera de las significaciones descriptas, y quizás por ello sea que se justifique que sea su primera acepción, la congruencia más que un principio jurídico importa ser un postulado de la lógica formal que debe imperar en todo orden de razonamiento. En este sentido, el principio de identidad o congruencia constituye uno de los principios fundamentales de la lógica, junto con los de no contradicción, tercero excluido y razón suficiente, debiendo entenderse que aludimos a los principios rectores de la lógica formal, vale decir, a la disciplina que estudia las inferencias válidas con relación únicamente a su forma. ----------

-

---- Precisamente, pues, la juzgadora a quo, en cumplimiento de su deber de fallar el asunto puesto a su conocimiento y decisión –en tanto no le es permitido incurrir al *non liquet*- (conf. art. 15 del Cód. Civil, en consonancia, el actual art. 3º del Código Civil y Comercial), debe hacerlo a través de un pronunciamiento fundado con el que dirima el conflicto de intereses mediante la emisión de una decisión expresa, positiva y precisa, que ha de ser de conformidad con la pretensiones deducidas por las partes del pleito, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte (Conf. art. 165, inc. 6º y 166 del C.P.C.C.); y, todo ello, siempre -y a toda fuerza-, respetando el principio de congruencia (Conf. art. 34, inc. 4º del C.P.C.C.). ----------

--- Es este el sentido que doctrinalmente se acepta al referir a la debida congruencia de la sentencia, esto es, como la necesaria conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto. Es pues, se agrega, una relación entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia misma, y, más concretamente, su fallo o parte dispositiva, y otro, el objeto procesal en sentido riguroso (Conf. Guasp, Jaime, en “Derecho Procesal Civil”, Ed. Civitas, Madrid, año 1998, T. I, pág. 483). ----------

--- Y, explica Guasp, quizás con mayor profundidad el concepto cuando expresa: *“el proceso es un instrumento jurídico destinado a la actuación de pretensiones, de lo que*

se deduce que toda pretensión dirigida al órgano jurisdiccional da lugar a un proceso y, a la inversa, que no es concebible un proceso sin la existencia de una pretensión; ahora bien: siendo a su vez la sentencia el acto de terminación normal o de decisión de un proceso de cognición, se comprende que en dicha sentencia deberán reflejarse los dos principios recién señalados; toda pretensión dirigida al órgano jurisdiccional debe ser resuelta en la sentencia y, a la inversa, no es concebible una sentencia sin que en su contenido se refiera a una pretensión. Este es precisamente el significado del requisito de la congruencia positiva, negativa y mixta. El fallo que incurre en una incongruencia positiva no es verdadero fallo porque no se refiere a una pretensión anterior; el fallo que incurre en una incongruencia negativa deja de recoger una pretensión o parte de una pretensión; el fallo que incurre en una incongruencia mixta reúne los dos vicios anteriores" (Sic) (Conf. aut. cit., en "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", Ed. Aguilar, Madrid, 2ª ed., año 1948, T. I, págs. 930 y s.s.). ----------

--- Es un requisito interno de armonía –al decir de Ramos Méndez- de la sentencia y de respeto a los principios de aportación de parte y de contradicción que rigen el proceso civil: *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium* (Conf. Ramos Méndez, Francisco, en "Derecho Procesal Civil", Ed. Boch, Barcelona, año 1990, T. I, pág. 657).

---- En idéntico ajuste hermenéutico con lo que se viene señalando, el siempre recordado maestro Augusto Mario Morello, en su obra conjunta con Gualberto L. Sosa y Roberto O. Berizonce, sostuvo al respecto: *"ha de cuidarse celosamente que las resoluciones judiciales se adecuen al postulado de congruencia, lo que impone lograr que medie conformidad entre el contenido de aquellas y el objeto de las peticiones – pretensiones y oposiciones- que delimitan el thema decidendum. La comparación entre lo reclamado y lo decidido debe guardar una estricta correspondencia. Cuando la resolución se aparta de la materia que fijaron las partes se menoscaba el aludido requisito. Es que sobre el particular gravita el señorío de los justiciables, quienes en virtud del principio dispositivo que impera en este sector del proceso vinculan al órgano jurisdiccional"* (Sic), exponiendo también que es derivación del sistema dispositivo que los límites de la decisión judicial queden demarcados por las peticiones y pretensiones deducidas por las partes. Esto es, a las partes corresponde siempre fijar el alcance y contenido de la tutela jurídica que se reclama e incurrirá en incongruencia el juez que se aparte de las cuestiones de hecho incluidas en las formulaciones de las partes (Vide: autores cit., en "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", Ed. Abeledo Perrot, 2ª ed., reelaborada y ampliada, año 2010, T. I, págs. 116/117; y, 574, & 157, apartado D). ----------

--- De tal modo, se expresa en este sentido que hay incongruencia cuando existe un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han planteado los términos del debate procesal. Por consiguiente, para determinar si existe incongruencia en una resolución judicial es preciso confrontar su parte dispositiva con el objeto del

proceso, limitado por sus elementos subjetivos –partes- y objetivos –*causa petendi* y *petitum*-, de manera que la adecuación debe entenderse tanto a la petición como a los hechos esenciales que la fundamentan (Conf. Picó I Junoy, Joan, en “Las garantías constitucionales del proceso”, Ed. Boch, Barcelona, ed. año 1997, pág. 66). ----------

--- Este principio procesal tiene extraordinaria importancia, pues se liga íntimamente con el derecho constitucional de defensa, ya que éste exige que el ajusticiado en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o las imputaciones que contra él o frente a él se han formulado, por lo que la violación de la congruencia implica la de aquel derecho; la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y las alegaciones, se orientan lógicamente por las pretensiones, imputaciones, excepciones y defensas formuladas en el proceso (Conf. Devis Echandía, Hernando, en “Teoría General del Proceso”, Ed.

Universidad, 2ª ed., año 1997, pág. 76). ----------

---- Ahora bien, dicho lo cual, se deriva el presente análisis hacia la cuestión vinculada a definir cuáles son los límites admisibles de la actuación jurisdiccional sustentada en la regla identificada mediante el brocardo *“iuria novit curia”,* para no conculcar el principio de congruencia según el juego armónico de los arts. 34, inc. 4to. y 165, incs. 5° y 6°, y concordantes del C.P.C.C. ----------

--- Básicamente presentaré el tema a dilucidar de un modo más explícito: si el actor pretendió que se lo indemnice por los daños y perjuicios sufridos en un evento en el que resultó damnificado en su integridad física y el demandado contestó no tener obligación de indemnizar por los daños y perjuicios pretendidos, la pregunta que se impone responder consiste en la siguiente: ¿es válido que en ejercicio del *iuria novit curia* la juzgadora se pronuncie sobre la procedencia de la pretensión resarcitoria de daños, aunque con base en un marco normativo distinto al invocado en demanda y con el que se controvirtió al contestarla, pero sin alterar la base fáctica que conformó la traba de la litis sobre la cual debía expedirse?. ----------

---- La respuesta a tal interrogante, en mi opinión, es por la afirmativa. Paso a dar las razones para así expedirme respecto a este interesante tópico. ----------

---- El derecho procesal se ha ocupado tradicionalmente del *iuria novit curia* como una circunstancia que exime a las partes de alegar y probar el derecho del caso, por un lado; y que, además, justifica que el juez pueda apartarse de las consideraciones jurídicas que realicen aquellas, por el otro. Respecto a esta última cuestión, la Corte federal ha repetido en numerosos precedentes que, con arreglo a esta regla, el juez no sólo tiene la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes (Conf. S.C.J.N., Fallos: 296:633; 299:78/429; 300:1034; 305:405; 308:778; 310:1536, entre otros). -------

--- El problema que subsiste es determinar hasta dónde llega la libertad del juez en la

selección de la norma (*iuria novit curia*) sin traspasar los límites de la *"causa petendi"* como elemento configurador del objeto del proceso, extralimitación que, de producirse, daría lugar al vicio de incongruencia. ----------

---- Sobre ello, se dijo, que es quizás el de más difícil solución de todo los que se presentan en el Derecho Procesal Civil, hasta el punto de que probablemente nunca llegue a resolverse satisfactoriamente en la doctrina ni en la jurisprudencia (Confr.: Marín Castán, Francisco "Capacidad de influencia del juez sobre el objeto de proceso y congruencia de la sentencia", Madrid, Consejo General del Poder Judicial, "Cuaderno de Derecho Judicial", año 1996, N° XXIII, pág. 512). ----------

-------- En tal contexto, pues, coloca en el tapete determinar cómo juegan dos reglas técnicas de la actividad de sentenciar, como lo es el *iuria novit curia* y la de la *congruencia* que, si bien de ninguna manera da pie a afirmar que resulten incompatibles, lo cierto es que a poco que se ingresa al análisis da lugar a advertir cierta tensión, una puja entre ambas –y que no es más ni menos que la tensión que existe entre los poderes-deberes y los límites del Juez- que torna necesario encontrarle el punto de equilibrio en cada caso a examinar. ----------

---------- Antes de entrar al tratamiento de la calificación legal y sus límites, es preciso abrir un paréntesis para precisar el concepto de pretensión por tratarse de un aspecto medular de la cuestión a resolver. A tal efecto, considero clarificador en la especie traer a colación la diferenciación que efectúa Adolfo Alvarado Velloso, quien distingue la pretensión de la pretensión procesal. Respecto de la primera, mira la actividad que se cumple en la vida jurídica, sostiene que la pretensión es una declaración de voluntad hecha en el plano de la realidad social mediante la cual se intenta subordinar a la propia una voluntad ajena (ejemplo: "págame lo que me debes"). Si esa pretensión –por ahora ubicada en el plano de la realidad social- es satisfecha ("te pago"), la cuestión concluye allí. Pero si es insatisfecha por la aparición contemporánea de una resistencia a ella ("te pagué" o derechamente "no te debo"), se origina en esa realidad social el conflicto intersubjetivo de intereses. Suscitado el conflicto y, obviamente, no solucionado el mismo en el plano de la realidad social, se traslada al plano jurídico del proceso mediante el ejercicio del derecho de acción que se materializa con la demanda judicial. Allí se perfila recién el concepto de pretensión procesal, como aquella declaración de voluntad hecha en una demanda (plano jurídico) mediante la cual el actor (pretendiente) aspira a que el Juez emita –después de tramitado el proceso- una sentencia que resuelva efectiva y favorablemente el litigio que le presenta a su conocimiento (Confr.: Aut. cit. en

"introducción al Estudio del Derecho Procesal", 1ra. parte, reimpresión, Ed. Rubinzal Culzoni, págs. 97 y s.s.). ----------

---- En esta dirección, queda en claro que toda pretensión procesal implica entonces la afirmación de la existencia de una relación jurídica, es decir, de un vínculo que surge

entre dos sujetos con motivo de un acontecimiento de trascendencia para el derecho. Y, por lo tanto, en toda pretensión al igual que en toda relación jurídica, puede advertirse la existencia de tres elementos que la integran: sujeto, objeto y causa. Los sujetos de la pretensión serán el actor y el o los demandados, que son las partes de una relación bipolar. El objeto de la pretensión (*petitum*), es obtener de la jurisdicción una resolución con contenido favorable a la petición hecha en la demanda. ----------

---- Así, Palacio sostiene que el objeto de la pretensión debe ser considerado desde un doble punto de vista: el *objeto inmediato*, que es el tipo de resolución o pronunciamiento que se reclama (por ejemplo: que se condene al pago de los daños y perjuicios); y el *objeto mediato* que es el bien jurídico sobre el cuál debe recaer en forma concreta el pronunciamiento reclamado (por ejemplo: la suma de dinero que se reclama en concepto de resarcimiento de los daños denunciados como sufridos). La causa de la pretensión (*"causa petendi"*), consiste en la invocación de una concreta situación de hecho a la que se le asigna una determinada consecuencia jurídica (Conf.: Palacio Lino E., "Manual de Derecho Procesal Civil", 16ta. ed., Ed. Abeledo Perrot, ed. año 2001, págs. 97 y s.s.). ----

--- La *causa petendi* ha sido definida como el fundamento o razón en el que el actor sustenta su petición de tutela jurídica al órgano jurisdiccional. ----------

--- A su vez, resulta útil destacar que Alvarado Velloso repensó la mencionada concepción de la *"causa petendi"* y a modo de innovación propicia distinguir dos subelementos dentro de dicha causa: el primero constituido por el hecho o hechos afirmados en la demanda -y, eventualmente, la reconvención-, a los cuales se le asigna por el actor -o reconviniente- trascendencia jurídica, convirtiéndose así en la base o fuente del derecho pretendido; y el segundo sub-elemento constituido por la imputación jurídica que el actor efectúa al demandado o reconvenido en base a aquel hecho (Aut. y

op. cit., pág. 99). ----------

---- Como se verá tales precisiones y distinciones conceptuales tendrán relevancia y utilidad para delinear la frontera entre el poder que el juzgador ejerce por vía de la calificación jurídica de la pretensión aplicando el *iuria novit curia*, con el límite impuesto por el debido resguardo del principio procesal de congruencia. ----------

---- Igualmente, es pertinente también precisar y distinguir entre el objeto litigioso o relación jurídica litigiosa y la pretensión procesal, para determinar a cuales de tales situaciones alude el deber de calificación del Juez al que venimos refiriendo. Puede decirse que el objeto litigioso es aquel que en el proceso se contradice entre las partes y que debe ser materia de resolución en la sentencia -en la especie, la precedencia o improcedencia de atribuir la responsabilidad endilgada a los demandados por los daños denunciados como sufridos por el actor con motivo de la situación de hecho que los generara-. Esto es, no puede identificarse el mismo ni con la petición, ni con la

pretensión, ni con la resolución que se pide al tribunal. Es decir, el objeto litigioso es la controversia efectivamente concretada entre las partes, en el momento o etapa de afirmación y negación respectiva. Es decir, cuando ha quedado trabada la litis (Conf. Falcón, E. M., en “Derecho Procesal...”, Ed. Rubinzal Culzoni, ed. año 2003, T. I, pág. 147/148). ----------

---- E igualmente, es necesario indicar qué se entiende por calificación jurídica. Ella es subsumir o encuadrar los hechos en una norma jurídica. Esto es, fijados los hechos de la litis (aquellos afirmados, controvertidos y confirmados) deberá determinar el juzgador si existe en el ordenamiento jurídico alguna norma que, como antecedente –supuesto de hecho abstracto normativo- prevea la situación de hecho concreta probada en el supuesto, y, a partir de allí, si el efecto jurídico que la norma prevé para ese supuesto de hecho –consecuencia jurídica- concuerda o no con la perseguida por las partes. Es tal operación intelectual del sentenciante la que constituye la calificación jurídica que es tarea propia de los jueces derivada de la regla *iuria novit curia* e impuesta como deber a los jueces (Arts. 34, inc. 4to. y 165, inc. 6to. del C.P.C.C.). ----------

------ Acordados que fueran tales conceptos y precisiones, tengo para mí, que la calificación jurídica delegada como facultad-deber al juez opera solo sobre el objeto litigioso. Esto es, el juez en ejercicio del *iuria novit curia* puede calificar jurídicamente solo el objeto litigioso conformado por lo afirmado y contradicho respectivamente por las

partes. ----------

---- Habida cuenta de ello, el juez deberá hacer mérito de la imputación jurídica efectuada por el pretendiente con relación a la reacción opuesta por el demandado y, en ese estado, calificar legalmente y aplicar el derecho que corresponda según su juicio. En consecuencia, así como por la regla de la congruencia no podrá bajo ningún concepto el juzgador variar las condiciones fácticas que son el fundamento de la situación que generó la controversia, tampoco podrá, so pretexto de “calificar legalmente” o “aplicar el derecho” sustituir la pretensión o pretensiones por otra que no fueran las articuladas por las partes y, por ende, debatidas en el proceso. ----------

---------- Es en este punto del análisis que cabe recordar la concepción del procesalista rosarino, profesor Adolfo Alvarado Velloso que se citara “supra”, en cuanto distinguió dos sub-elementos de la *“causa petendi”*, el primero constituido por el hecho o hechos afirmados en la demanda y contestación-reconvención, a los cuales cada una de las partes les asignan trascendencia jurídica; y, el segundo, constituido por la *imputación jurídica* que cada una de ellas efectúa en base a aquellos hechos. Pues, considero que en tal posicionamiento doctrinal el límite del ejercicio del poder - deber de fallar según el derecho que corresponda al caso, en debido resguardo del principio de congruencia, se ubica en el primero de tales sub-

elementos de la causa petendi, cual es, el referido a los hechos introducidos por las partes en litigio, sobre los cuales no cabe duda que no podrá alterarlos de ningún modo, sea pronunciándose omitiendo alguno o expidiéndose sobre otros no invocados o haciéndolo en menos de lo que fuera pedido con sustento en ellos. ---- Y en la especie, queda en claro que, en relación a la *imputación jurídica* que las partes efectuaran en sus respectivos actos de postulación activa y pasiva introductorios y delimitadores de la Litis en relación a los hechos controvertidos, ha sido indisputablemente distinta a la realizada por la Sra. Juez a quo, quien en un adecuado ejercicio del *iuria novit curia*, en cuanto no se apartó de la materia fáctica debatida en el proceso o lo que es lo mismo decir, del objeto litigioso que conformó el *"thema decidendum"* sobre el cual debía expedirse congruentemente, emitió su decisión mediante la aplicación del derecho que consideró el adecuado para decidir el caso. -------- De lo expuesto y razonado, pues, concluiré proponiendo al acuerdo la desestimación de los agravios examinados en conjunto. Así lo voto. ---------- c) **Culpa de la víctima:** Tal como se ha dicho precedentemente, el régimen que tutela al consumidor y el usuario a partir de contemplar como objeto de su protección a la relación de consumo ,descripta como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario (Conf.: primer párrafo del art. 3 de la ley 24.240 y su concordancia con el art. 1092 del C.C. y C.), prescinde de su fuente en cuanto ella está aprehendiendo el contenido de dicho vínculo jurídico independientemente del hecho generador que le ha dado nacimiento (Ver: Shina, Fernando E., en "Sistema legal para la defensa del consumidor", Ed. Astrea, año 2016, pág. 173, letra b.; id., Lorenzetti, Ricardo L., en "Consumidores", Ed. Rubinzal Culzoni, 1ª ed., año 2003, pág. 400 y s.s.; ídem, Ghersi Carlos A., en "La obligación de seguridad. Ámbito contractual y extracontractual. La unificación en las relaciones de consumo", L.L. 2009-E, 288). ---------- Lo apuntado desbarata de por sí todo lo alegado por el recurrente en relación a la circunstancia relativa a que, por haber sido retirado el Sr. E. del local de esparcimiento por su estado etílico habría culminado el vínculo contractual, para sostener de allí, que el daño que sufriera es de naturaleza extra-contractual (Ver: escrito de expresión de agravios, fs. 666 vta./669). ---------- Ahora bien, ello no implica que el presente agravio sea desestimado sin más, por cuanto mediante el mismo se plantea también la culpa de la víctima (rectius: hecho de la víctima), como factor de ruptura del nexo de causalidad presumido por la ley a partir de contemplar la responsabilidad objetiva derivada en la obligación de seguridad que pesa sobre el proveedor de servicios. ---------- En relación a la obligación de seguridad corresponde decir que cuenta con base de rango constitucional, en cuanto el art. 42 de la Constitución Nacional reconoce el derecho de los consumidores a la seguridad en el marco de la relación de consumo. Las normas infra-constitucionales marchan en la misma dirección. La ley 24.240 contempla la

obligación de seguridad en sentido estricto en el art. 5º, además del deber de advertencia en el art. 6º (y art. 4º del decreto. Reglamentario 1798/94), y la responsabilidad por el vicio o riesgo de la cosa o servicio comercializado en su art. 40. ---------- El juego armónico de las normas citadas permite predicar que en el ámbito del estatuto de defensa del consumidor es posible reconocer la generalización de la obligación de seguridad, en tanto se tiende a privilegiar la tutela de la salud e integridad física de los consumidores o usuarios, como una forma de prevención de daños pero con evidentes repercusiones en orden a la reparación (Confr.: Frustalgi, Sandra A. –

Hernández, Carlos A., en "Las exigencias de seguridad en las relaciones de consumo", en Suplemento Especial "Obligación de Seguridad", año 2005 (septiembre), publicado el 12/09/2005, pág. 21 y s.s., cita Online AR/DOC/2244/2005). ---------- La Corte Suprema de Justicia Nacional ha impartido, en distintos fallos, claras directivas de interpretación definiendo los alcances de la obligación de seguridad y la responsabilidad del proveedor, dejando en claro que la obligación de seguridad que tiene su causa en una relación de consumo debe ser ponderada a la razón de los valores constitucionales, que constituyen guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas o de interpretación de la ley (Ver: C.S.J.N., in re: "Ledesma, Maria Leonor c/ Metrovías S.A.", RCyS, 2008-860; id. C.S.J.N., in re: "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Provincia de Buenos Aires y/u otros", DJ, 2006-3, 950; ídem, C.S.J.N., en el famoso caso "Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros", L.L., 2007-B, 261; ibidem, C.S.J.N., 09/03/2010 , in re: "Uriarte Matías H. c/Transportes Metropolitanos Gral. Roca", cita Online 20100614, ver comentario a dicho fallo de Trueba M. R. (h), "Los derechos del usuario como fuente del deber de resarcir al pasajero ferroviario", L.L., cita Online 0003/015117). ---------- Así también se registra jurisprudencia que recepcionó y aplicó tales directivas. Por guisa de ejemplo se registra un fallo de la Cámara Civil y Comercial, 2ª nominación de Santiago del Estero, en el que atribuyó responsabilidad en un 50% a la empresa prestadora de servicio de agua por los daños acasionados a los actores por la rotura de un caño de provisión de agua domiciliaria estableciendo que dicha empresa de servicio *"…además de la obligación específica, asume una obligación de seguridad conforme a los arts. 5º y 6º de la ley 24240…modificados por el art. 42 de la Constitución Nacional…"* (Confr.: C Civ. y Com. 2ª nominación Santiago del Estero, 03/03/2008, "Chamot, J. Alfredo y otra c/ Aguas de Santiago S.A. y/o resp.", LLNOA, 2008 (agosto), 696). ---------- Asimismo, en un caso más asimilable al presente la Cámara de Apelaciones de Concordia, en lo Civil y Comercial, resolvió lo siguiente, a saber: *"…el titular de la explotación comercial de un local bailable debe ser condenado a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por la muerte de un asistente, ocasionada por una puñalada recibida de otro concurrente, pues su responsabilidad directa deriva de no*

haber cumplido con los deberes de seguridad y custodia sea por la insuficiencia del personal de vigilancia que permitió el acceso al lugar con armas blancas o, por haber posibilitado que tales elementos punzantes se escondieran de antemano en el interior del local o se encontraran en la cantina al alcance del autor del hecho ilícito" (Confr.: Capel. Concordia, sala civil y comercial, 05/05/2009, in re: "Pizzini, Roque Esteban y otra c/ Celecia, Leonardo Fabio", en LLLitoral, 2009 (septiembre), 913). ---------- En el mismo sentido se ha destacado que las exigencias de seguridad propias de nuestro estatuto de defensa del consumidor se enmarcan en un régimen de daños autónomo, signado por la prevención y la superación del rígido encuadramiento de la responsabilidad en órbitas diferenciadas (contractual o extracontractual), la objetivización de la responsabilidad del proveedor, la ampliación de la legitimación activa y pasiva, la unificación de los plazos de prescripción y la preocupación por el afianzamiento del principio de reparación integral
(Ver: Picasso-Vázquez F., directores, en "Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada", Ed. La Ley, año 2009, T. I, pág. 75 y citas de nota nº 146). ---------- De manera tal que, de lo que se viene de exponer no puedo más que concluir que todos los servicios colocados en el mercado (como lo es el establecimiento o local bailable destinado al esparcimiento de quienes concurran al mismo), al igual que los productos, deben cumplir no sólo con la función específica -sea económica o no-, acorde a su naturaleza y destino, sino también al objetivo de seguridad (Conf.: Pizarro, D., en "Responsabilidad por productos y por servicios en la Ley de
Defensa del Consumidor", en Stiglitz Gabriel "Tratado de derecho del consumidor", Ed. La Ley, año 2015, pág. 347 y s.s.). ---------- Esta obligación de seguridad, como ya se lo indicara antes, resulta consagrada y regulada por los arts. 5 y 6 de la ley 24240 y el art. 42 de la Constitución Nacional, y exige que los empresarios y proveedores suministren los servicios de forma tal que no provoquen daños al consumidor, ni en su persona ni en sus bienes. Debe hacerse notar que la ley de defensa del consumidor incluye, en su ámbito de aplicación, a "quienes presten servicios de cualquier naturaleza", teniendo siempre como pauta la existencia de una relación de consumo. ---------- Se ha dicho, con criterio que cabe compartir, que, en una interpretación sistemática del régimen tutelar del consumo, el art. 40 de la ley 24.240 subsume los supuestos de daños causados por el servicio prestado defectuosamente o los provenientes del riesgo creado, en tanto repercutan sobre la persona o bienes del usuario o consumidor (Conf.: Hernández Carlos A. – Frustagli Sandra A., en "Ley de
Defensa del Consumidor. Comentada y anotada", Ed. La Ley, año 2009, PicassoVázquez F. (directores), T. I, pág. 499/500; ver también citas doctrinales de nota nº 1145). ---------- En otras palabras, en una relación de consumo, el

servicio deficiente o defectuoso engendra la responsabilidad objetiva del prestador, quien para liberarse de ella deberá probar la ruptura del nexo causal entre la prestación y el daño basándose en la causa ajena (hecho de la víctima, el hecho de un 3º por quien no debe responder o por el caso fortuito o fuerza mayor -casus-). ---------- Es pertinente advertir que de este modo enmarcó correctamente su análisis la Sra. Juez a quo, incluyendo la cita de un precedente de la Corte Federal en vinculación a como debe apreciarse el hecho de la víctima con atención a la particular vulnerabilidad que caracteriza al consumidor (caso “Ledesma c/ Metrovías S.A.”) en tal sentido (Ver: considerando, fs. 627 vta./628). ---------- Ahora bien, sin embargo, al ponderar la incidencia causal del hecho de la víctima invocado como eximente por el codemandado aquí impugnante, Sr. H. E. E., la juzgadora de grado, a pesar de tener por acreditados los hechos relatados en el escrito de responde a la demanda, a partir de la testimonial que cita, consideró escueta y directamente que *“…el codemandado E. no se exime de responsabilidad…”* (Sic)(Ver: considerando de fs. 630, tercer apartado). ---------- Y, seguidamente pasó a focalizar nuevamente su análisis en la obligación de seguridad que pesaba sobre el prestador de servicios, observando los déficit en los que incurriera, aunque soslayando realizar un examen puntual del actuar de la propia víctima, el que vuelvo a decirlo, ya tuviera por acreditado, para evaluar si incidió o no causalmente, y en su caso, en qué medida, en el acaecimiento del evento dañoso. ---------- En este punto, adelantaré mi opinión en cuanto, tengo para mí, que le asiste parcial razón al recurrente. ----------

---- Y digo así, por cuanto estimo que la conducta del actor damnificado en la oportunidad, resultó un hecho verdaderamente trascendente causalmente en la ocurrencia del evento y, por ende, en la producción del daño, de manera tal que no puede ser sorteado -como lo hiciera la juzgadora de grado- en la correcta ponderación de la relación causal sobre la que opera la eximente invocada “hecho de la víctima”. ---------- Así, en tal sentido, nótese que la sentenciante de primera instancia valoró que de las testimoniales producidas en el proceso, citando las obrantes a fs. 430 a 434 vta. refoliadas, y 439/440, 454 ref. y vta., que *“…surge la secuencia o el iter de violencia (los testigos respondieron de manera clara, verosímil, y dando razón de sus dichos), a saber: El actor ya había comenzado a tomar cerveza, previo concurrir al local bailable. Llego al boliche en compañía de un primo y su cuñado (estaban festejando el cumpleaños del accionante) a las cuatro o cuatro y veinte de la madrugada. “Y ahí obviamente tomaron cerveza tres o cuatro”. El empleado que trabajaba -el día del hecho- en la barra, pudo presenciar una actitud de E. agresiva “ya que venía con unas copas de más”. Al pedir se le venda más bebida y negársele, comenzó a los insultos. Acto seguido se dirigió a la pista encontrándose con una señorita habitué del lugar con quien*

empieza a bailar, supuestamente, al intentar un acto indecoroso con aquella, el joven que la acompañaba se puso a discutir con E., y entre discusión y discusión empiezan a las piñas. Al momento de esa pelea, E. se encontraba "bastante borracho". Previo a la trifulca, el personal de seguridad D. A. R., quien conocía al accionante, lo encuentra en la parte de arriba "y ya estaba ebrio, mal", lo despabila un poco porque se estaba durmiendo así que lo baja y lo deja con los otros chicos con los que andaba al lado de la cabina del disc Jockey. La seguridad sacó para afuera a los involucrados. E. fue sacado del local por otro empleado de seguridad (no por el codemandado C.), encontrándose en "estado de ebriedad muy avanzado". Luego de ser sacado del boliche, el actor pretendió ingresar nuevamente alegando que quería buscar su campera, volvió agresivo y fue golpeado por C., cuya responsabilidad no se discute atento el resultado de la causa penal. Cierto es que J. E., se encontraba ebrio y que agredió a C. (el testigo J. E. H., relató que se quedó con el otro empleado de seguridad -C.- en la puerta, "hasta que la persona que había sido víctima de golpes por parte del cliente…se abalanza contra mi compañero y le arroja una patada a la altura de los testículos, originando nuestra inmediata defensa…" sic, fs. 69). El mismo testigo H. en esta sede declaró que ya afuera E. volvía más agresivo, directamente lo agredió a C., y que ellos en todo momento le explicaron que "ellos no le habían pegado", pero no entendía razones ya que estaba muy borracho (v. fs. 430 ref. y vta.) Al momento de absolver posiciones el señor H. E. E. reconoció que tenía contratado personal policial como adicional, y que éste personal "controla el ingreso y el interior del comercio también, ellos están facultados para ingresar dentro del comercio y retirar a cualquier persona (v. fs. 470 ref.) …" (Sic) (Ver: considerando de fs. 629 y vta.). ---------- La extensa transcripción realizada resulta en extremo útil para poner en evidencia que, a pesar de tener por acreditada la versión de los hechos que fuera expuesta en su escrito de contestación a la demanda por el codemandado Sr. E. (Ver: escrito de responde, punto C), en particular desde fs. 60 a 63 vta.), luego, la juzgadora omite derechamente ponderar la conducta del damnificado que describiera y que tuvo por corroborada en este proceso, para concluir sin más en que el mencionado codemandado

"… no se exime de responsabilidad…" (Sic)(Ver: considerando de fs. 630, párrafo 3º), para de continuo abundar sobre la defectuosa prestación del servicio por incumplir con la obligación de seguridad y prevención. ----------

--- En consecuencia de lo expuesto, estimo apropiado señalar que la conducta del Sr. E. en la oportunidad, que fuera descripta y acreditada en estas actuaciones, no fue indiferente causalmente, sino que, a mi juicio, concurrió para que acaeciera el evento dañoso al menos, en un 50%. ----------

--- Para así decirlo, entiendo que basta con observar las distintas actitudes que podría haber adoptado para no propiciar con su actuar que aconteciera el suceso del que resultara dañado en su integridad física. Sin agotar el menú de posibles conductas

socialmente recomendables, alcanzaría con señalar que le bastaba con no consumir alcohol hasta el punto de embriagarse del modo en que lo hiciera, o bien, advertido de su condición retirarse a su domicilio a fin de evitar incurrir en actos como aquellos de los que seguramente se arrepiente -o debería al menos arrepentirse- como son los que describieran varios testigos como cometidos dentro del local bailable y que desencadenaron en que lo expulsaran del mismo. O, bien, una vez fuera del establecimiento bailable retirarse a su domicilio y si debía retirar su abrigo hacerlo a través de terceros o directamente ir a buscarlo al día siguiente una vez sobrio. Nada justifica que se quedara en el lugar intentando ingresar nuevamente -por la razón que fuera-, y menos con una actitud beligerante y agresiva hacia terceros. Este modo de actuar no puede ser consentido socialmente y menos aún puede ser eludido en la apreciación de la vinculación causal entre lo actuado u omitido por los protagonistas del evento sucedido y los daños cuyo resarcimiento se reclama. Podría incluso decirse a partir de la composición que de los hechos ha realizado la juzgadora en la porción transcripta precedentemente, que el estado de extrema vulnerabilidad en el que se encontraba el Sr. E. en la oportunidad (no aquella que se presume por su condición de consumidor) puede ser imputado causalmente –en gran proporción- a su propio actuar, en la medida que nada ni nadie obliga a consumir alcohol al punto de embriagarse, inclusive, hasta prácticamente perder la razón, ni menos aún se puede justificar el cometimiento de actos antisociales y contrarios a toda regla de convivencia. ----------

---- En definitiva, concluiré de todo lo expuesto, proponiendo al acuerdo que se admita parcialmente el agravio para establecer la responsabilidad concurrente de las partes del 50% para cada una, quienes de tal manera deberán afrontar las consecuencias dañosas reconocidas en la anterior instancia en dicha proporción. Así lo voto. ----------

---- d) **Rechazo de la citación en garantía:** El recurrente también se agravia de que se hubiera excluido de la condena a su aseguradora “Z. A. C. d. S. S.A.” a quien citara en garantía. ----------

---- La juzgadora a quo para así decidirlo expuso lo siguiente, a saber: *“…No hago extensiva la condena a la citada en garantía. El codemandado H. E. E. pidió se cite en garantía a la aseguradora Z. con sustento en la póliza Nº X. Pero, asiste razón al letrado apoderado (v.fs. 154/169 vta.) de Z. A. C. d. S. S.A. en cuanto a la existencia de “no seguro”. (…) Es que al momento del hecho la póliza vigente no era la invocada por el codemandado (v.fs. 299/328) …”* (Sic) (Ver: considerando de fs. 636 “in fine” y 637). ----

---- Es decir, como excluyente razón para concluir admitiendo la declinación de la garantía por “no seguro” se expuso que la póliza vigente no era la que denunciara el codemandado asegurado, Sr. E., al pedir la citación en garantía. ----------

--- Al respecto, estimo menester advertir desde ahora que la Jueza de la anterior instancia omitió realizar una mínima consideración en relación a que, a renglón seguido

de haber planteado el “no seguro” como fundamento de la declinación de la garantía, es la propia aseguradora citada en garantía quien denuncia la existencia de la póliza X, con vigencia del 04/04/2012 al 03/04/2013, a nombre del Sr. H. E. E., por la cual expresamente reconoce encontrarse *“…obligada a mantener indemne al mencionado asegurado, en la medida del seguro, por cuanto deba a un tercero en razón de su responsabilidad civil extracontractual a consecuencia del ejercicio de su actividad comercial a desarrollarse en el local ubicado en la calle Pasaje La Rioja Nº X, Trelew, Chubut, ello dentro de los alcances, límites y condiciones establecidas más ampliamente en la póliza.”* (Sic) (Ver: punto b, del escrito de responde, fs. 154 vta.). ----------

---- Sobre el punto, no huelga observar tampoco, que resulta indiferente si se trató de una renovación o de un nuevo contrato de seguro, desde que de lo que no cabe abrigar duda alguna es que la tercera citada en garantía reconoció la existencia y vigencia de la cobertura asegurativa, y, por ende, no puede pregonarse válidamente, tal como lo hiciera equívocamente la juzgadora, que no hay seguro. ----------

-

---- En consecuencia, propondré al acuerdo que se revoque tal porción de la sentencia para extender la condena, en la medida del seguro, respecto a la tercera citada en garantía “Z. A. C. d. S. S.A”. Así lo voto. ----------

-

---- III.- Conclusión: ----------

---- Por todo lo expuesto y razonado, concluiré proponiendo al acuerdo que se revoque parcialmente el fallo apelado para establecer la concurrencia de responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del suceso ocurrido el día 07/10/2012, del que resultara damnificado el actor Sr. J. E., en un 50% a cargo del actor damnificado y el 50% restante a cargo del codemandado Sr. H. E. E.; en consonancia con ello, readecuar el monto del capital de condena en relación al mencionado codemandado, reduciéndolo al 50%, esto es, a la suma de **Pesos Trescientos Ochenta y Nueve Mil Novecientos Dos con Cincuenta y Siete Centavos ($ 389.902,57)**, con más los accesorios indicados en el anterior grado, atento a la porción de responsabilidad que le es atribuida a la parte demandada en la causación del evento dañoso de marra; y, asimismo, para extender “in solidum” la condena, en la medida del deber de responder antes asignada y del seguro, a la tercera citada en garantía “Z. A. C. d. S. S.A.”. ----------

---------- Atento a este nuevo resolutorio se impone adecuar al mismo la atribución de las costas de primera instancia de acuerdo al mismo, en los términos contemplados por los

arts. 69 y 282 del C.P.C.C. ----------

----- Respecto al tópico tengo dicho, antes de ahora, y desde la primera oportunidad que tuviera de pronunciarme con relación a este tópico, que participo del criterio que propugna que las costas deben seguir la misma proporcionalidad que la fijada para la

atribución del deber de responder por los daños asignada a las partes (Conf.: mis votos, S.D.C., Sala B, N° 13/00, causa 15.525 y S.D.C., N° 13/01, c. 16.905; S.D.C., Nº 12/12, c. 76, entre otros, CAT). ----------

--- Es que, a mi ver, mediando concurrencia de responsabilidad entre la víctima y el agente del daño, y desde que éste debe ser obligado a reparar el perjuicio sólo en la medida en que ha contribuido a causarlo, la distribución de las costas ha de seguir el mismo criterio, lo cual lleva a la conclusión de la proporcionalidad de las mismas conforme al éxito obtenido en el proceso (Conf.: Arts. 69 y 72 del C.P.C.C.) (Conf.: CApelCivCom. Paraná, Sala 1, 17/7/78, Rep. L.L., XL, 639, sum. 127; íd., 29/5/79, L.L. Actualización de Jurisprudencia, 1988-XI-409, n° 553; id. CFed. Rosario, Sala B, 25/4/78, L.L. 1979-C-598, 35.192-S; CNCiv, Sala C, 23/10/76, L.L., 1976-B-51; CNCiv., Sala A, 10/11/76, L.L., 1977-B-139; CNCiv, Sala d, 18/3/71, L.L. 146-672, 28.739-S; jurisp. Cit. por Loutayf Ranea, Roberto G, en “Condena en costas en el proceso civil”, Ed. Astrea, año 1998, pág. 406 y s.s., & 189; ver también: SCJBA, 7/5/85, L.L. 1987A663, 37.528-S; id., C1ra.CCom., de Mar del Plata, Sala II, 21/6/88, L.L. 1989-D-599,

N° 6504, jurisp. Cit. por Arazi-Rojas, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2001, T. I, pág. 290/291). ----------

---- En consecuencia, las costas de primera instancia corresponden que sean afrontadas por cada una de las partes en un 50% (Conf.: arts. 69, 72, 282 del C.P.C.C.). ----------

-- Las costas de segunda instancia, atendiendo a que de los cuatro agravios planteados progresan dos de ellos (los relativos a la eximente “hecho de la víctima” y la extensión de la condena a la tercera citada en garantía) y se desestiman los restantes (vinculados a la prescripción y la denuncia de incongruencia dirigida en contra del fallo apelado). Esto delinea un vencimiento parcial y mutuo que conduce a que se distribuyan las costas también por mitades. Esto es, corresponderá igualmente imponer las costas devengadas en esta segunda instancia en un 50% a cargo de cada una de las partes (Conf.: arts. 69, 72 y 282 del C.P.C.C.). ----------

-- Los honorarios de primera instancia, apreciando las tareas cumplidas por los profesionales intervinientes según su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado regularlos del siguiente modo, a saber: Al Dr. M. J. R. C., letrado apoderado del actor, en la suma equivalente al 17 %; a los Dres. J. M. I. y A. U. T., letrados apoderado y patrocinante, respectivamente, de la tercera citada en garantía “Z. A. C. d. S. S.A.”, en conjunto, en la suma equivalente al 11,76 %; y, a los Dres. E. P. y D. E. F., letrados patrocinantes del codemandado H. E. E., en conjunto, en la suma equivalente al 13 %. Todas estas alícuotas porcentuales a calcular sobre el monto del capital de condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. pertinente (Conf.: arts. 5, 6, 8, 10, 18, 36, 38, 46 y conc. de la Ley XIII Nº 4; y, leyes 23.349 y

23.871). ----------

--- Los honorarios profesionales de segunda instancia, apreciadas las tareas cumplidas en ella bajo las mismas pautas apreciativas indicadas precedentemente, estimo adecuado fijarlos del siguiente modo, a saber: a los Dres. E. P. y D. E. F., letrados patrocinantes del codemandado Sr. E., en conjunto, en la suma equivalente al 3,64 %; y, al Dr. M. J. R. C., letrado apoderado del actor, en la suma equivalente al 4,76 %. Dichos porcentuales igualmente a calcular sobre el monto de condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. correspondiente (Conf.: arts. 5, 13 y 46 de la Ley XIII Nº 4; y, leyes 23.439 y 23.871). ----------

--- De tal manera, concluyo pronunciándome en la presente cuestión PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA. ----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto manifestó: ----------

--- Dada la claridad con la cual el Sr. Magistrado antes sufragante reseñara la sentencia apelada de fs. 626/637 -y aclaratoria de fs. 649/vta.-, los agravios que contra la misma expresara el codemandado E. a fs. 663/669 vta., así como la respuesta de la actora a fs. 671/675, me remito a la misma en homenaje a la brevedad. ----------

-------- I.- Seguiré en general mismo orden de tratamiento que el Dr. Lucero para un mejor seguimiento de este decisorio, más allá de que el mismo se impone por cuestiones de orden lógico. ----------

---- 1) Bien dice el colega preopinante que los agravios relativos a la prescripción y a la violación del principio de congruencia y al debido proceso, se encuentran íntimamente ligados. Es que se cuestiona que la jueza de grado aplicara la legislación relativa a la defensa del consumidor, cuando la actora planteó su pretensión en base a la normativa del derecho civil general. Es así que, con cita de doctrina considera que se violó el principio de congruencia y del debido proceso (ver fs. 665 vta./666 vta., pto. b). Y dado que la queja relativa al acogimiento de la defensa de prescripción se fundamentó en la aplicación de la normativa consumeril (ver fs. 663/665 vta., pto. a), es que trataré en primer lugar el agravio correspondiente a la infracción al principio de congruencia. ----------

---- La jueza de grado argumentó que en casos como el de marras, en el que se vincula a una persona con un proveedor de servicios (música, escenario para bailar, esparcimiento y suministro de bebidas), se está frente a una típica relación de consumo, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 42 de la Const. Nacional, y conceptualizada por la ley 26361, modificatoria de la ley 24240. Es así que, continuó razonando, la relación de consumo abarca todas las situaciones en que se adquiere un bien para el consumo como destinatario final, y por ello el sujeto adquirente es protegido antes, durante y después de contratar. Añadió que la responsabilidad que emerge del incumplimiento de una relación de consumo no es contractual ni extracontractual, los sujetos legitimados activos no son exclusivamente consumidores, ya que también quedan incluidos el usuario, la víctima del daño causado por un producto o servicio, el afectado expuesto a

prácticas comerciales, y el tercero beneficiario si aceptó el beneficio. Destacó que, dado el carácter de orden público del estatuto del consumidor, el referido encuadre normativo resulta obligatorio para el juez (ver sentencia a fs. 627, último párrafo/vta., dos primeros párrafos). ----------

---- Como se adelantó la quejosa cuestiona el encuadre normativo referido por considerar que se violó los principios de congruencia y debido proceso, ya que la actora y la demandada han invocado la normativa del Código Civil y en tales términos se ha trabado la litis. Al respecto he de señalar que existe una tensión entre los principios *iura novit curia* y de congruencia, y que el fundamento normativo de los mismos radica en el art. 165, inc. 6 del CPCC (art. 163, inc. 6 del CPCCN), cuando dice que la sentencia definitiva de primera instancia debe contener *"…la decisión expresa, positiva y precisa, conforme a las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes".* Al respecto debe recordarse que es el juzgador quien califica en definitiva la acción - "iura novit curia"-, con abstracción de la que hubieran efectuado las partes, de tal manera que aún puede rectificar la que se hubiere efectuado en la demanda desde que la identificación de las acciones en justicia se hace por la naturaleza de los hechos en que se apoyan las partes y no por el enfoque jurídico bajo el cual erróneamente se hubieran encuadrado dichos hechos (conf. CN. Civ., Sala D, 28/4/77, LL, 1977-C, pág. 460). Empero, si bien el sentenciante puede suplir el derecho silenciado por las partes o mal invocado, ello es así en tanto no se modifiquen los supuestos de hecho del caso (conf. SCJN, 22/2/77, LL, 1977-B, pág. 544); el deber consagrado en esta norma (art. 163, inc. 6 del CPCCN) reconoce como limitación, la de que los jueces no pueden convertir una acción en otra distinta, que ni virtualmente ha sido invocada por las partes (conf. CN. Civ., Sala B, 28/4/76, JA, 1977, v. I, pág. 242). Es que en salvaguardia del principio de congruencia debe ajustar sus decisiones a las peticiones oportunamente formuladas por los litigantes al trabarse la relación procesal (conf. CN. Civ., Sala B, 29/4/80, ED, 88, pág. 717). No cabe, por lo tanto, alterar las circunstancias de hecho involucradas en el proceso ni introducir pretensiones o cuestiones no debatidas (conf. CN. Fed. Civ. y Com., Sala II, 19/9/75, LL, 1976-B, pág.

440, 33.554-S). ----------

---- Asimismo cabe decir que de acuerdo al art. 333, inc. 4 del CPCC, la demanda contendrá los hechos en que se funde claramente explicados. La fundamentación fáctica de la demanda dio lugar a dos teorías. La teoría de la sustanciación requiere que el actor haga una narración de los hechos constitutivos en forma detallada, permitiendo al demandado que se expida sobre cada uno de ellos, admitiéndolos o negándolos (conf. art. 360, inc. 1 del CPCC); además, sólo se podrán probar los hechos afirmados por las partes en los escritos respectivos (conf. art. 368 del CPCC). Sustanciación de la demanda quiere decir desintegración de ella en sus distintos componentes fácticos. Se

pretende, no una atomización y exposición amorfa de los hechos, sino una enumeración ordenada de ellos, en cuanto sean pertinentes e importantes para acomodarse a la norma jurídica a la que han de subsumirse en la sentencia. Por su parte, los sostenedores de la teoría de la individualización entienden por fundamentación de la demanda solamente la exposición de la relación jurídica en que el actor apoya su pretensión; basta la indicación de las partes y el bien pretendido. Este sistema se adecua al procedimiento oral, en que la defensa de ambas partes sólo se prepara en los escritos constitutivos, pero se completa en la audiencia oral. Las teorías enunciadas tienden a aproximarse. Es que aun dentro de la teoría de la individualización se admite que el actor alegue los hechos que se refieran a los elementos de la individualización de la relación jurídica controvertida; mientras que la sustanciación no exige ya que en el escrito de la demanda se expongan todos los hechos en que el actor funda su derecho, sino únicamente los esenciales. Además, debe señalarse que si se deduce una acción personal -como ocurre en la especie-, como la obligación nace casi siempre de un hecho, es indispensable exponer la causa remota; así, reclamándose el pago de una suma de dinero, habrá que exponer los hechos que dieron origen a la obligación (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, T° 1, págs. 157/158). ---------- Por su parte ha de considerarse con relación al principio de congruencia y al *iura novit curia* lo siguiente. En el artículo de doctrina: “Iura Novit Curia” y Garantías Procesales” de Andrea A. Meroi en (ver en www.eldial.com.ar/bases/doctri/notas/nt021213.asp), la autora expresa que la “causa petendi” ha sido definida como el fundamento o razón en el que el demandante sustenta su petición de tutela jurídica al órgano jurisdiccional y con cita de Alvarado Velloso adhiere a la teoría “dualista” o de la “individualización”, entendiendo que la causa de la pretensión se descompone en dos subelementos: 1) los hechos invocados en la demanda y contestación y 2) la imputación jurídica que las partes efectúan con motivo de los hechos. Con todo, esta autora admite que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria adscriben a la concepción unitaria o sustancialista de la “causa petendi”, según la cual el juez no está vinculado por la calificación jurídica del actor, pudiendo modificarla sin que la resolución pueda tacharse de incongruente con la condición, además de no alterar los hechos y respetar el principio de contradicción, de no modificar la “causa petendi”. Siempre según Meroi, la máxima “iura novit curia” no puede ser entendida como facultad del juez de producir un potestativo cambio de punto de vista jurídico respecto del querido y asumido por los litigantes; dicha máxima no implica descargar a las partes de la alegación de las normas jurídicas que les son favorables, sino que significa tan sólo que es innecesario probar el derecho vigente y alegarlo con completa precisión y total exhaustividad. Agrega que el límite a las facultades de aplicación del derecho por los jueces viene exactamente determinado por los límites que

los litigantes hayan querido establecer respecto de sus derechos subjetivos, su medida y la amplitud de su ejercicio. Y finaliza la autora citada diciendo que la habilitación que se reconoce a los órganos jurisdiccionales para examinar la pretensión a la luz de un tratamiento jurídico distinto del que le dota la parte encuentra el límite infranqueable de la identidad de la propia pretensión, ya que no debe prevalecer sobre el superior criterio de la defensa y seguridad jurídica. ----------

--- Dentro de la postura mayoritaria que critica la autora mentada, encuentro relevante destacar lo expuesto por Zavala de González (conf. aut. cit., “Resarcimiento de Daños”, Tº 3, Ed. Hammurabi, 1997). Esta autora considera que el juez tiene la atribución y el deber de emitir su pronunciamiento sobre la hipótesis fáctica planteada, sin estar constreñido por la definición técnica aportada por los litigantes, y si bien el magistrado puede variar la denominación jurídica de la situación de hecho, no debe modificar intrínsecamente ninguno de los elementos constitutivos del litigio, como la causa o el objeto, ya que una solución contraria implicaría introducir en el proceso una acción o una defensa distinta de las incorporadas por las partes, infringiendo el principio de congruencia (conf. aut. cit., op. cit., ídem, págs. 240/241). Añade que el primer principio (iura novit curia) se emplaza en el terreno jurídico; y el segundo (congruencia) en el fáctico, pero como no existe una separación tajante entre “cuestiones de derecho” y “cuestiones de hecho”, se presenta una zona gris entre la libertad del juez para calificar la acción y la restricción que impide sustituir una acción por otra (conf. aut. cit., op. cit., ídem, pág. 241). Así se ha entendido que *“Si bien el principio de congruencia veda al juzgador la posibilidad de introducir sorpresivamente alegaciones o cuestiones de hecho, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena y oportuna defensa, ello no impide, sin embargo, la aplicación del derecho a los hechos acreditados”* (conf. SCBA,

4/4/89, ll, 1990-A-235). ----------

---- Con relación al juicio de daños -continúa diciendo Zavala de González-, puede señalarse que el principio de congruencia opera con mayor vigor en lo que atañe al objeto de la acción, mientras que son más amplias las atribuciones jurisdiccionales oficiosas en relación con la causa, título o razones que apoyan la petición. Y en el proceso de daños, la causa de la acción, entendida en sentido estricto, radica en el perjuicio injusto sufrido por el actor -en conexión con un hecho lesivo que debe ser su causa adecuada- (conf.

aut. cit., op. cit., ídem, pág. 242). ----------

--- En síntesis de lo expuesto, entiendo que la jueza de origen no se extralimitó en la apreciación de los hechos, sino que se atuvo a los mismos y los encuadró normativamente, por lo que hizo una correcta aplicación del principio *iura novit curia,* sin infringir los de congruencia y debido proceso. A ello debe sumarse que la normativa de protección del consumidor se relaciona de dos modos distintos con el ordenamiento, por

un lado, imponiendo sus soluciones tuitivas por sobre soluciones distintas a que puedan conducir la aplicación de otras normas, de allí la consagración del carácter de orden público del art. 65, y de la directiva de interpretación a favor del consumidor a que refiere el art. 3; por otro lado, el régimen de consumo tiende a integrarse con otras normas que, con fines también de protección singular a determinados consumidores de bienes y/o servicios, conformando una red de protección, que por lo general, tienden a proporcionar soluciones específicas respecto de principios ya contenidos en la ley de consumidor (conf. Santarelli, Fulvio G., en Picasso-Vázquez F.: “Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada”, Ed. La Ley, 2009, T° I, págs. 59/60). ---------- A ello debe sumarse que el carácter de orden público dispuesto por el art. 65 de la LDC, implica en primer lugar que el mismo puede entrar en conflicto con la voluntad autónoma de los particulares, y entonces ésta cede ante aquél. Es así que un acto jurídico no puede crear una regla individual que prevalezca sobre la regla legal que se refiere al mismo punto, cuando se trata de relaciones de orden público. Por otra parte, y de conformidad con lo dispuesto por el art. 19 del ordenamiento civil -del C. Civil- las leyes de orden público son irrenunciables. Así, los derechos de orden público, es decir, que miran al interés general, no pueden ser objeto de renuncia. Se trata de una consecuencia que se encuentra implícita en el principio de que, en materia de orden público, la norma voluntaria no puede prevalecer sobre la norma legal. Esta cuestión reviste particular importancia en materia de consumo, la relación de orden público implica (además de la nulidad de todo pacto en contrario de la irrenunciabilidad) la aplicación de oficio de la ley, es decir, por propia iniciativa del juez, sin necesidad de petición de parte (conf. Sáenz, Luis R.J., en Picasso-Vázquez F., op. cit., ídem, págs. 767/768). ---------- Todo lo precedentemente expuesto vino ratificado con la sanción del C. Civil y Comercial que regula la relación de consumo en los arts. 1092 a 1095. Concretamente el art. 1094 establece la interpretación y prelación normativa del estatuto del consumidor. Así la aplicación de las normas que regulan los vínculos entre consumidores y proveedores debe hacerse priorizando la protección del consumidor y el acceso al consumo sustentable, ya que ése es el sentido que emana de la normativa constitucional. El Código recoge esta orientación dejando constancia, además, de que en función del rango jerárquico de la protección del consumidor en este ordenamiento, siempre prevalecerá la solución más favorable para éste cuando existan conflictos sobre normas a aplicar. En virtud de ello, es fundamental dejar sentado que el Derecho del Consumidor es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de Derecho Privado, con base en el Derecho Constitucional. Por lo tanto, las soluciones deben buscarse, en primer lugar, dentro del propio sistema, y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo, y aun derogatorio de normas generales, lo que lleva a establecer que el sistema tuitivo del consumidor está compuesto por la Constitución Nacional, los principios jurídicos y

valores del ordenamiento y las normas legales infraconstitucionales (conf. Wajntraub, J. H., en Lorenzetti, Ricardo Luis

(Director): “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, T° VI, págs. 237/239). ----------

---- A la luz de lo expuesto, ratifico y habré de coincidir con el Dr. Lucero en que no se ha violado los principios de congruencia y debido proceso, atento a que se refuerza la obligación de la jueza de la aplicación del estatuto consumeril con el carácter

constitucional y de orden público del mismo. ----------

---- 2) Sentado que ha sido correctamente aplicada la normativa del consumidor, examino ahora el agravio relativo a la prescripción. La apelante se atiene a que resulta de aplicación el art. 4037 del C. Civil, que establece el plazo de dos años para que se consuma la prescripción liberatoria en materia de responsabilidad extracontractual, dado que el actor ya sea había retirado del lugar de esparcimiento por lo que había finalizado la relación de consumo. Amén de ello considera que aun cuando la jueza hubiera aplicado correctamente el principio *iura novit curia,* el plazo de prescripción aplicable es el de tres años del art. 50 de la LDC (conf. ley 26361). Es así que, sigue razonando la quejosa, atento a que el hecho en cuestión ocurrió el 07/10/12, y la demanda fue interpuesta el 13/10/15, la misma se encuentra prescripta (ver fs. 663/665 vta., pto. a). -

--- Al respecto bien dice el Dr. Lucero, que al tiempo del evento, el art. 50 de la LDC (conf. ley 26361) establecía un plazo general de prescripción de tres años para todas las acciones que surjan de la ley, ya sea acciones judiciales o administrativas. La reforma de la ley 26361 aclaró la cuestión pues el texto anterior dio lugar a interpretaciones muy dispares, ha borrado las dudas interpretativas pues con el nuevo texto no cabe duda que el plazo de tres años es aplicable tanto a las acciones administrativas como judiciales, como el caso de la presente (conf. Vázquez F., Roberto A., en Picasso-Vázquez F., op.

cit., ídem, págs. 576/577). ----------

---- Asimismo el art. 2537 del C. Civil y Comercial establece que los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Si nos atenemos a dicho primer párrafo de la norma, el nuevo código entró en vigencia -el 01/08/15- mientras estaba en curso el plazo de prescripción de tres años, ya que el mismo comenzó a correr desde el 07/10/12 como se dijo *ut supra.* Ahora bien, el segundo párrafo del artículo citado tampoco modifica esta solución dado que el mismo prevé que la ley anterior requiera mayor tiempo que el fijado por las nuevas, quedando cumplidos una vez transcurrido el tiempo designado por éstas pero desde el día de su

vigencia. ----------

---- Dicho lo anterior, parecería que asiste razón a la apelante, atento a que la demanda se interpuso el 13/10/15. Sin embargo, como bien lo apunta el Dr. Lucero, el

codemandado recurrente reconoció que el 25/09/15, *casi tres años después,* el actor remitió una carta documento a su parte (ver fs. 59 vta., antepenúltimo párrafo), lo cual se corresponde con la documental de fs. 08/09 que luce reservada. Ahora bien, a la luz de lo dispuesto por el art. 3986, 2do. párrafo del C. Civil, la prescripción liberatoria se suspende, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta suspensión sólo tendrá efecto un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción. ----------

---- El reconocimiento aludido y que se efectuara al contestarse la demanda, no puede ser desconocido ahora, al manifestarse en la expresión de agravios que los actos interruptivos son los que provienen de actuaciones administrativas o judiciales, lo cual no fue efectuado por el accionante (ver fs. 665, 3er. párrafo). Es cierto que la interrupción del curso del plazo de prescripción requiere de la interposición de una acción, sin embargo, olvida la quejosa lo normado respecto de la suspensión de dicho término en virtud de una intimación extrajudicial como la que reconociera en la instancia precedente. Es así que su desconocimiento, al menos su ausencia de mención, contradiría la doctrina de los actos propios. Debe recordarse que la doctrina de los “actos propios” no es meramente una doctrina, sino que debe ser ubicada entre los “principios generales del derecho”, y como tal, para el derecho argentino, es un principio general, de los referidos indeterminadamente por el art. 15 del C. Civil -hoy art. 2 del C. Civil y Comercial-. El contenido de la locución “acto propio” importa que la conducta de su sujeto, producida en un campo cierto y deslindado de relaciones jurídicas, autoriza el rechazo de sus pretensiones ulteriores -o de sus argumentos propuestos en justicia- cuando el resultado de ellas o la construcción lógica de éstos provoque una situación calificable racionalmente como contradictoria con el sentido objetivamente atribuible a aquel proceder (conf. Alberti, Edgardo M. (prologador) en “Doctrina de los actos propios”, Manuales de jurisprudencia de La Ley, 1986, págs. XXIII/XXIV). Tal lo sostenido por el suscripto en el antecedente de esta Sala “B”, SDL Nº 12/2010 del 13/04/10, entre otros.

---- Es así que, aplicando el art. 3986 del C. Civil, la intimación del 25/09/15 referida suspendió por un año el curso de la prescripción, la que recién se habría cumplido el 25/09/16. Y si se considerara que resulta de aplicación la nueva norma del art. 2541 del C. Civil y Comercial, la suspensión opera por el plazo de seis meses, con lo cual se habría cumplido el 25/03/16. En cualquiera de ambos supuestos la demanda fue interpuesta antes de dicho vencimiento, esto es, el 13/10/15 (ver cargo de fs. 38). -------

--- En síntesis, por los motivos expuestos, es que concuerdo en el rechazo de esta queja. ----------

---- 3) En tercer término la apelante alude a que se acreditó lo que denomina la culpa de la víctima, en este caso del actor. A tal efecto destaca que la jueza olvidó tener en cuenta que, E. se encontraba en total estado de ebriedad, ya que si bien bosquejó la prueba testimonial al respecto, no consideró que el accionante fue expulsado del local por su

comportamiento, lo que demuestra la extinción del contrato existente ante el incumplimiento del actor. Resalta que C. le propició un golpe de puño afuera del local en defensa de las agresiones de E. Hace mención a la actitud pasiva de la policía que tampoco fuera evaluada por la sentenciante. Descarta la relevancia del testimonio de C. por ser cuñado de E. y participar también él en la trifulca, mientras que I., R. y H. fueron claros al exponer los hechos que eximen de responsabilidad al apelante, ya que dan cuenta de la conducta provocadora y agresiva del actor. Concluye esta queja, manifestando que no niega que la agresión física sufrida por el actor debe ser rechazada de plano, pero destaca que se trata de determinar la responsabilidad de cada uno, expresando que existen suficientes indicios de la extinción del vínculo contractual dado que E. permaneció un tiempo prudencial fuera del local (ver fs. 666 vta./669, pto. c). ----

--- En forma resumida, los argumentos dirimentes de la juzgadora consistieron en que no puede discutirse en esta sede la responsabilidad del codemandado C., por cuanto el mismo fue condenado en sede penal por el delito de lesiones gravísimas en perjuicio del actor. Es así que en virtud de lo dispuesto por el art. 1776 del C. Civil y Comercial, dicha sentencia penal condenatoria produce efectos de cosa juzgada no sólo entre la víctima y el autor del delito, sino también respecto de terceros, mas ello no obsta a que los mismos puedan alegar razones jurídicas o de facto que conduzcan a excluir o limitar su responsabilidad (ver sentencia a fs. 628 vta., tres últimos párrafos/629, primer párrafo). Luego de efectuar una reseña de la prueba testimonial que da cuenta del estado de ebriedad del actor y de la gresca en la cual participó con otras personas, y considerar que E. tenía contratado personal de seguridad y personal policial adicional (ver sentencia a fs. 629, últimos párrafos/630, dos primeros párrafos), concluyó que este último también resultó responsable por las lesiones padecidas por el actor. Para ello razonó que el personal de seguridad por él contratado está para mantener el orden y no para castigar a quienes pretenden concurrir o ingresar al local, estén sanos o ebrios, y desde el punto de vista del consumidor es responsable por el deber de seguridad que le cabe (ver sentencia a fs. 630). ----------

---- Textualmente, la sentenciante expresó que *"…demostrado por el actor el hecho, el detrimento sufrido y la relación causal entre ambos, corresponde al deudor para liberarse, total o parcialmente, de la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad, por lo que no le alcanzará con acreditar su falta de culpa, sino que deberá probar que el perjuicio es producto del caso fortuito, fuerza mayor, por culpa de la víctima o de un tercero por el que no debe responder. Sin embargo, y dadas las particularidades del contrato celebrado por los litigantes, lo azaroso e imprevisible de una situación se revela como un parámetro escueto e insuficiente para delinear los contornos de la obligación de seguridad en supuestos como éste y configurar una causal de exoneración de la responsabilidad derivada de su incumplimiento. Y es que se trata*

de una contingencia que es habitual o, al menos, no es extraña a la actividad desplegada en esta clase de local, que se caracteriza por el estado de algarabía o euforia propio de quienes se hallan en situación de esparcimiento, a lo que se agrega la escasa iluminación, espacio físico acotado, altos decibeles de la música y el consumo de bebidas alcohólicas, donde cualquier tumulto, roce o discusión, puede desencadenar una serie de siniestros como caídas, tumultos, e incluso peleas, incrementando la potencialidad dañosa de dicha actividad. Ello así, le es exigible a quien la ejercita que adopte estrictas y efectivas medidas de seguridad que eviten perjuicios a los concurrentes" (ver sentencia a fs. 630 vta., 3er. y 4to. párrafos). En síntesis, por tales razones dirimentes, la juzgadora concluyó que *"El deber de seguridad impuesto en forma constitucional para el empresario demandado, no ha sido cumplido en ninguna de sus etapas: no ha sido evitada la riña, ni tampoco disuadida. Por lo expuesto, es que no corresponde más que hacer lugar a la demanda…contra H. E. E.…"* (ver sentencia a fs. 631, anteúltimo párrafo). ----------

--- En lo que se refiere a la crítica de la apelante en lo referente a que las lesiones padecidas por E. acontecieron fuera del local, lo cual es demostrativo de que se había extinguido el vínculo contractual y por ende no cabía la aplicación del régimen consumeril, cabe recordar que de acuerdo a la caracterización de la relación de consumo (arts. 42 de la Constitución Nacional, 3 y 40 de la LDC y 1092 del C. Civil y Comercial), es un vínculo jurídico que resulta de una definición normativa y su extensión surgirá de los límites que la legislación fije, debiendo establecerse de modo que abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual, o cuando es sometido a una práctica del mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor, debe comprender todas las situaciones posibles. Se puede añadir que el Derecho del Consumidor regula situaciones que se desarrollan tanto en el marco del contrato de consumo como fuera del mismo, por lo que una noción acotada de la relación de consumo dejaría sin poder considerar supuestos expresamente contemplados por la legislación. Pero en todo caso, teniendo su fundamento principal en la normativa constitucional, esta amplitud de criterio es la que mejor se adecua a una correcta hermenéutica (conf. Wajntraub, op. cit., ídem, págs. 230/231). ----------

--- El texto del código civil y comercial viene a poner claridad al ámbito de aplicación del denominado Estatuto del Consumidor, al establecer una definición del sujeto protegido comprensible para cualquier intérprete, alejando ambigüedades que distraigan la finalidad perseguida por el régimen tuitivo. Precisamente, el texto de la ley 24240 equiparaba a la noción de consumidor a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo, lo que provocaba enormes incertidumbres acerca del verdadero alcance del estatuto consumerista, desvirtuando muchas veces el objeto que éste tiene

en miras. A ello debe agregarse la necesidad de atender a situaciones que no justifican la aplicación de una normativa que tiene como fundamento la asimetría de las partes que integran las relaciones de consumo. De esta manera, la definición de consumidor ajustada a quienes integran relaciones de consumo, junto con la extensión de las prerrogativas del sistema protectorio a quienes utilicen o adquieran bienes o servicios como consecuencia o en ocasión de ellas, constituye un aporte de la reforma que posibilita direccionar el régimen a sus verdaderos objetivos (conf. Wajntraub, op. cit., ídem, págs. 233/234). De acuerdo a lo expuesto, el argumento esgrimido, por la apelante, relativo a que el vínculo ya se había extinguido cuando el actor padeció las lesiones como consecuencia del accionar de C., resulta fútil atento la extensión temporal amplia que comporta la relación de consumo. ----------

--- Como se pudo apreciar, la jueza de grado se basó en la obligación de seguridad que debía garantizar el codemandado E. para excluir la eximente de responsabilidad invocada por el mismo. Sobre esta obligación en el régimen del consumidor, se ha entendido que existe un fuerte interés social por garantizar la seguridad de los bienes que se comercializan como una forma de resguardar el derecho a la salud de los consumidores, y en miras de afianzar también su calidad de vida. El tema es concretamente considerado por el art. 42 de la C.N. que reconoce el derecho de los consumidores a la seguridad en el marco de la relación de consumo. Por su parte, las normas infraconstitucionales despliegan un adecuado programa protectorio que atiende de manera integrada a los intereses patrimoniales y extrapatrimoniales de aquéllos. La ley 24240, especialmente después de sus sucesivas reformas, cuenta con valiosos instrumentos: la obligación de seguridad en sentido estricto (art. 5); el deber de advertencia (art. 6) y la responsabilidad por vicio o riesgo de la cosa comercializada o por el servicio prestado (art. 40, reincorporado por la ley 24999). Además, el decreto reglamentario de la LDC (N° 1798/94) extiende las proyecciones del deber de advertencia. El régimen se ha visto enriquecido por una profusa aplicación jurisprudencial que ha permitido -en general- consolidar las directivas constitucionales y legales. Se entiende que después de las reformas introducidas por la ley 24999 y la ley 26361, se ha procurado afirmar el derecho fundamental a la seguridad en beneficio de los consumidores y usuarios, con un despliegue claramente preventivo, aunque abierto a la tutela resarcitoria. Para ello se busca “generalizar” la obligación de seguridad, habitualmente enmarcada en el ámbito contractual, y hoy expandida al más amplio campo de la relación de consumo. Debe destacarse que las exigencias de seguridad propias de nuestro estatuto de defensa del consumidor se enmarcan en un régimen de daños autónomo, signado por la prevención y la superación del rígido encuadramiento de la responsabilidad en órbitas diferenciadas (contractual o extracontractual), la objetivación de la responsabilidad del proveedor, la ampliación de la legitimación activa y pasiva, la unificación de los plazos de prescripción y la preocupación por el

afianzamiento del principio de reparación integral (conf. Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A., en Picasso-Vázquez F., op. cit., ídem, págs. 743/75). ---------- En el contexto normativo actual la obligación de seguridad puede existir con independencia de la celebración de contrato alguno cuando pueda identificarse una relación de consumo. En este último supuesto, su estructura desborda su consideración como mero deber de protección, anexo a la prestación principal, para asumir el carácter de una obligación autónoma de fuente legal, derivada del principio informador emergente de la cláusula constitucional de protección de los consumidores. La relación de consumo se individualiza por el mero contacto social entre proveedor y consumidor o usuario, en los términos que fija la propia ley 24240, no siendo necesaria la existencia o subsistencia de un vínculo contractual. Es comprensible que ello sea así, toda vez que en el marco del estatuto de defensa del consumidor -presidido por la Constitución Nacional- se prioriza la noción de relación por sobre la de contrato, a fin de incluir todas aquellas situaciones fácticas en las cuales las personas quedan expuestas a las prácticas y comportamientos empresariales desplegados en el mercado de bienes y servicios, situadas fuera del contrato aunque próximas o encaminadas a promover e inducir al consumo. Este criterio aparece consagrado en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y ha sido receptado en la reforma de la ley 24240 (conf.
Hernández y Frustagli, op. cit., ídem, pág.77). ---------- En cuanto al precedente jurisprudencial citado del máximo tribunal federal, es uno de los referidos por el colega preopinante. En efecto, en la causa “Mosca, Hugo A. c/ Pcia. de Buenos Aires y otros”, del 06/03/07, el tribunal sostuvo que *“…la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, en un supermercado, será difícil discriminar entre quiénes compraron y quiénes no lo hicieron, o entre quiénes estaban dentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de seguridad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales”.* Así la ley 26361 amplía el radio de aplicación hacia quienes se encuentran *expuestos a una relación de consumo,* expresión que tiene connotaciones significativas en orden a la seguridad. En cuanto al contenido de la obligación de seguridad, en el marco de las relaciones de consumo, constriñe al deudor a incorporar al mercado productos y servicios seguros conforme a las exigencias normativas y a las expectativas legítimas del consumidor. Se trata de concretar una garantía de inocuidad de los productos y servicios, o lo que es lo mismo asegurarle al consumidor que de su correcta utilización o consumo, mediante instrucciones y advertencias claras y veraces no lo colocará en riesgo ni le ocasionará daños. En atención a la función, tanto

preventiva como resarcitoria, que despliega la obligación de seguridad, la prestación que conforma su contenido resulta variable y compleja pues se expresa en conductas que pueden suponer, según los casos, un dar o un hacer (conf. Hernández y Frustagli, op. cit., ídem, págs. 78/80). ---------- La obligación de seguridad importa una garantía de inocuidad, lo cual supone que el producto o el servicio no generen daños en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles; así lo reconoce en el derecho comparado la Directiva 2001/95/CEE, relativa a la seguridad general de los productos. Nuestra ley, en el artículo 6, formula una caracterización similar, aunque más amplia dado que comprende a los servicios. Por tanto, no toda carencia de seguridad podrá ser considerada defecto de seguridad; lo será cuando el producto o servicio resulte dañoso en condiciones normales o razonables de uso o cuando el consumidor carezca de la posibilidad de prever los riesgos por ausencia de información suficiente. Por tal motivo, y como regla, la garantía de seguridad no comprende los daños provenientes de un uso contrario o ajeno a la naturaleza del bien, en tanto el mismo no haya podido ser razonablemente previsto por el productor. La razonabilidad de la previsión del uso impropio debe ser ponderada con suma cautela, pues en ocasiones podría presentarse un uso anormal del producto tan próximo al uso propio del mismo que su previsibilidad por el proveedor le imponga la carga de advertir sobre los riesgos del mismo (conf. Hernández y Frustagli, op. cit., ídem, págs. 88/89). ---------- Con fundamento en el art. 5 de la LDC, en materia de prestación de servicios, la CSJN ha puesto el énfasis en la seguridad esperada por los consumidores en los servicios que utilizan. Así ha señalado que *“El ciudadano común que accede a un vagón de subterráneos tiene una confianza fundada en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad. Ello así porque la prestación de servicios masivos presenta un grado de complejidad y anonimato que resultan abrumadores para quienes los reciben. El funcionamiento regular, el respaldo de las marcas y del Estado es lo que genera una apariencia jurídica que simplifican y los hacen posible. Las pruebas que realiza el consumidor para verificar la seriedad creada y representada por el derecho. El fortalecimiento de la apariencia jurídica y la de confianza son esenciales para estos sistemas, que no podrían subsistir tanto si se negara protección jurídica a las marcas, como si se exigiera pruebas e información antes de usar el servicio (in re: “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, del 22/04/08, LL, 2008-C, 562).* Respecto de servicios que presentan mayor peligrosidad, ese camino ya habían comenzado a transitarlo algunos tribunales inferiores, como en el caso “H., M. c/ C. A. P. S.A.”, publicado en LL,RCyS, 2006-569, donde se dijo que *“cabe responsabilizar a la concesionaria del medio de elevación de una pista de esquí por los daños que sufrió la actora al caerse de una aerosilla mientras intentaba ascender a la pista, dado que los silleros no estaban ayudando a que la gente descienda de la silla para evitar percances,*

pues más allá de la denominación que se le otorgue al contrato existente entre las partes, por sus propias características se encontraba vigente la obligación de seguridad respecto de quién contrató el servicio, ya sea por emerger de un modo tácito de la convención o derivada de la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales". ---- Es claro que existe una intensa interrelación entre los arts. 5 y 40 de la LDC, en tanto es evidente que el art. 5 constituye uno de los fundamentos de la responsabilidad consagrada en el artículo 40, siendo ambas regulaciones concreciones de las exigencias de seguridad impuestas por la Constitución Nacional en el ámbito de las relaciones de consumo. La interrelación planteada procura destacar que el art. 5 da sustento parcial al art. 40, pero en modo alguno sus alcances se reducen a ella. En cuanto a los factores de atribución de la responsabilidad normada en el citado art. 40, se ha considerado que la liberación de responsabilidad mediante la acreditación de causa ajena de los sindicados como obligados a reparar el daño ocasionado, demuestra el carácter objetivo del factor de atribución reconocido por el artículo, sobre lo cual la doctrina no duda. En cambio, no existe consenso en cuanto al factor de atribución en concreto, ya que algunos prefieren aludir al más moderno riesgo de empresa, mientras otros, en una posición más clásica prefieren diferenciar los factores de acuerdo a que el daño resulte de la cosa o del servicio prestado; en el primer caso, fundan la responsabilidad en el riesgo creado, en tanto que, en el segundo, reconocen un deber de garantía (conf. Hernández y Frustagli, op. cit., ídem, págs. 92/93 y 514). En la especie, dicha cuestión se encuentra disipada al considerarse como factor de atribución a la obligación o deber de seguridad, que adquiere una gran identificación con el deber de garantía, más allá de la diferencia de denominación. ----------

---- En ese sentido se ha considerado que la utilidad práctica que ofrece la denominada obligación de seguridad depende, en buena medida, de que se afecten intereses distintos al de la realización de la prestación principal. Pues cuando se lesiona el interés de la prestación principal (convenida), aunque esta última puede también consistir en un compromiso de seguridad a la persona y/o los bienes de la otra parte, se aplican lisa y llanamente las normas generales que regulan la responsabilidad por incumplimiento contractual. En tal caso resulta innecesario recurrir a la noción de obligación de seguridad. Es que la "obligación de seguridad" no equivale a los denominados "deberes de protección". Si bien ambos tienen en común proteger de manera más eficaz los derechos de la víctima que estén conectados con la prestación principal del contrato, los "deberes de protección" tienden a proteger la incolumidad de ambos contratantes. En cambio, la "obligación de seguridad" sólo protege la integridad física y patrimonial de una de las partes (conf. Plana, Carlos H.: "Factores de atribución de responsabilidad por daños y defensa del consumidor", en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Rubinzal-Culzoni Editores, 2012-1, "Eficacia de los derechos de los consumidores", págs. 307/308). ----------

---- Ahora bien, el régimen de defensa del consumidor, y el factor objetivo de la obligación de seguridad, no implican la imposibilidad de invocar eximentes de responsabilidad, como lo efectuó el apelante. Al respecto el art. 40 de la LDC no consagra un elenco de eximentes y solamente indica en su párrafo final que *"Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".* Dentro de tales eximentes, la culpa -en realidad el hecho- de la víctima puede interrumpir el nexo causal o concurrir a la generación del daño. El legislador no brinda ninguna precisión al respecto. Se ha entendido que para que el hecho de la víctima sea causalmente relevante, resultará indispensable atender a las siguientes circunstancias: a) condiciones personales del consumidor. Aunque la ley no gradúa la protección diferenciando consumidores o subconsumidores, estos últimos especialmente vulnerables (vg. niños, ancianos, discapacitados, etc.), es evidente que al juzgar su eventual participación en el hecho dañoso, deberá ponderarse particularmente este extremo; b) condiciones relativas al objeto de la relación. Aquí se sitúa la naturaleza del bien o servicio comercializado, (v.g. su carácter más o menos peligroso), su presentación o envoltura, las modalidades de comercialización (v.g. publicidad), la suficiencia y claridad de la información brindada, etc. (conf. Hernández y Frustagli, op. cit., ídem, págs. 514/516). ----------

---- Una cuestión particular de la culpa o hecho de la víctima, la representa la asunción de riesgos por el consumidor. Debe partirse que, si bien la LDC está inspirada en la protección de la "parte débil", el consumidor no es un incapaz ni su regulación está destinada a proteger a los que obran sin discernimiento, intención y/o libertad, sino a personas (físicas o jurídicas) que interactúan en el mercado como agentes de consumo. Por ende, si bien la misma LDC trae en su art. 3 una regla de interpretación pro consumidor en caso de duda, ello no equivale a eliminar -salvo previsión normativa en contrario del microsistema de consumo- la aplicación de las reglas que en materia de responsabilidad civil trae el C. Civil -hoy el C. Civil y Comercial-; entre ellas, la causal eximente del art. 1111 conocido como "culpa de la víctima". Así es que no puede decirse que la LDC descarte la aplicación de la "culpa de la víctima" como causal de exoneración en materia de responsabilidad por daños. Por su lado, la aceptación de riesgos, como factor que permite atribuir el daño a la propia víctima, se configura cuando una persona asume un peligro anormal o extraordinario, y esta conducta es idónea para dañarla. Por lo tanto, la aceptación de riesgos no es una institución autónoma, sino que constituye una aplicación del hecho de la víctima como causa o concausa del daño, al participar activamente en una situación especial de peligro, enfrentándose al mismo en forma desaprensiva. En este sentido, en lo atinente a la aceptación por la víctima de los riesgos, la Corte de Justicia de la Nación sostiene que la aceptación del riesgo no es por sí misma una causa de exoneración si no demuestra una falta de la víctima, es decir que ésta ha asumido, con su participación un rol activo en la producción del siniestro. La

intervención de la víctima, de manera normal y regular, no puede constituir una causa ajena al riesgo que libere de responsabilidad al agente dañador (conf. Plana, op. cit., págs. 327/328). ----------

---- Es de considerar que la norma del viejo art. 1111 del C. civil, hoy se replica en el art. 1729 del C. Civil y Comercial que establece: *"La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial".* Y el actual art. 1719 del C. Civil y Comercial que prevé expresamente la eximente de asunción de riesgos, reza, en su primer parte que *"La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal…".* ----------

---- A la luz de lo expuesto, y adentrándome en los hechos acreditados en la especie, la jueza "a quo" relató minuciosamente, en base a la prueba confesional del actor que C. le propinó un solo golpe de puño fuera del local bailable (ver fs. 426 vta., respuesta vigésima), y de los testimonios obrantes a fs. 430/434 vta., 439/440 vta. y 454/vta., tuvo por probado que el actor ya estaba en estado de embriaguez al llegar al local, que tuvo una actitud indecorosa con una joven cuyo acompañante primero discutió con él y luego intercambiaron golpes de puño. Siguiendo el relato de la jueza que se corresponde con la prueba citada- el personal de seguridad retiró a E. fuera del local dado su estado de consumo alcohólico y su actitud agresiva, y estando afuera pretendió volver a entrar, supuestamente para retirar su campera, y ante dicha actitud fue golpeado por C., relatando los testigos la conducta provocadora del actor. También la jueza, en base a la absolución de posiciones del recurrente a fs. 470 y el testimonio de fs. 554/555, dio cuenta de la pasividad del personal policial contratado por el codemandado E. (ver sentencia a fs. 629, últimos párrafos/630, 1er. párrafo). ----------

---- Habré de coincidir con el Dr. Lucero en que la juzgadora omitió ponderar la conducta del actor, dado que la misma fue esgrimida como eximente por parte del codemandado E. (ver contestación de demanda a fs. 60/63). Es claro que dicha conducta no justifica la agresión que E. sufriera de parte de C., pero sí es de considerar que con la misma se expuso voluntariamente a riesgos innecesarios que podrían haber sido evitados si hubiera mantenido un comportamiento correcto dentro y fuera del local. Es de considerar que ya había protagonizado una gresca de orden físico con el testigo M. (ver testimonios de fs. 434/vta. y 454/vta.), lo cual hizo necesario que interviniera el personal de seguridad para que los retirara del lugar. Y luego de ello, insistió en volver a entrar de manera agresiva y provocativa, dando lugar a la agresión que sufrió de parte de C.. Reitero que la conducta del actor no importa una causal de justificación de la mentada agresión, de hecho, ello no podría ser jurídicamente invocable ante la condena penal a

C., pero sí adquirió el carácter de concausa y no de mera condición, ya que si E. no hubiera desarrollado dicha actitud muy posiblemente no habría recibido el golpe de puño que origina este pleito. ----------

---- Bien dice el colega prevotante que el accionante podía haber adoptado otras conductas para no generar la reacción de C., como no consumir alcohol -o al menos consumirlo en menores dosis-, no haber desencadenado con su actitud indecorosa la gresca dentro del local, y en una vez retirado del local, asumir su falta y no insistir en reingresar. Es cierto, que este tipo de actitudes son previsibles en lugares de esparcimiento nocturno y que el personal de seguridad debe estar preparado para prevenirlas y desactivarlas, sin embargo, se aprecia en el caso de autos, una actitud provocativa y agresiva del damnificado que alcanza el carácter de concausa en el siniestro en el que basa su pretensión. Resulta notoria, a modo de ejemplo, la diferencia de la actitud de E. en el presente caso, con la de los damnificados en los precedentes arriba citados, en los supuestos de usuarios del servicio de subterráneos y de medios de elevación para la práctica de esquí. Es que, en estos últimos casos, los damnificados no desarrollaron ninguna actitud ilícita, estaban haciendo uso de un servicio, que si bien es previsible que tenga fallas en su mecánica o desarrollo, se les debe garantizar la indemnidad si su conducta de usuario resultara correcta. En el presente caso, el actor se colocó *ab initio* en una situación antijurídica, que impide considerar que estaba efectuando un correcto uso del “servicio de esparcimiento nocturno” si se me permite el término. A ello debe añadirse que el mismo no pertenecía a ningún grupo o colectivo de personas que pudiera ser catalogado como “vulnerable”, tal como el caso de los niños, ancianos o discapacitados, que por dicha razón podrían ser calificados *a priori* como una parte más débil que merezca especial favor de sus intereses. ----------

---- En síntesis, de todo lo expuesto es que concordaré en hacer lugar parcialmente a este agravio a los fines de justipreciar la eximente parcial invocada en un 50%. ----------

---- 4) Como última queja la apelante objeta que se rechazara la extensión de la condena a la aseguradora, ya que la compañía de seguros, luego de negar la vigencia de la póliza denunciada por su parte, efectuó un categórico reconocimiento de la existencia de la cobertura. De allí es que consideró innecesario producir la prueba ofrecida a tal fin, deviniendo intrascendente la diferencia en el número de póliza ante el reconocimiento de la cobertura por parte de la citada en garantía (ver fs. 669/vta., pto. ----------

d). ----------

---- La sentenciante no hizo extensiva la condena a la aseguradora por cuanto el codemandado solicitó dicha citación con sustento en la póliza N° X, y al momento del hecho la póliza vigente no era esa (ver sentencia a fs. 636, último párrafo/vta., 1er. párrafo). Al respecto es de considerar que si bien el codemandado E. invocó dicha póliza (ver fs. 63 vta., pto. III, 1er. párrafo), la que no estaba vigente al tiempo del hecho, la citada en garantía reconoció que, a ese momento, el coaccionado tenía contratado un

seguro de responsabilidad civil de acuerdo a la póliza X (ver fs. 154 vta., pto. b), lo que se acredita con la documental de fs. 96/153. ----------

---- En consecuencia, más allá del error en la numeración de la póliza invocada por el asegurado, lo cierto es que existía un contrato de seguro vigente al tiempo de los hechos, y que cubría el hecho que motiva la litis, por lo que corresponde acoger la queja y extender la condena, en la medida del seguro, a la citada en garantía “Z. A. C. d. S. S.A.”. ----------

---- II.- Atento lo razonado en los considerandos precedentes, corresponde revocar parcialmente la sentencia apelada, a fin de reducir el monto de condena respecto del codemandado H. E. E., haciendo extensiva la condena a la aseguradora “Z. A. C. d. S. S.A.”, en la medida del seguro, a la suma de **pesos trescientos ochenta y nueve mil novecientos dos con cincuenta y siete centavos ($ 389.902,57),** con más los intereses determinados en la sentencia de grado. ----------

---- En cuanto a las costas, las de primera instancia deben ser readecuadas por conducto del art. 282 del CPCC. Ahora bien, en cuanto a las de esta sede, concordaré con el Dr. Lucero en que la apelante triunfa en dos de los cuatro agravios deducidos, y atento al reparto de responsabilidad, dado el resultado final obtenido, cabe concluir en un vencimiento parcial y mutuo en ambas instancias. Sobre este punto, se ha sostenido que el hecho de que la acción no haya prosperado en toda su extensión, no justifica la liberación de costas a quien no se allanó ni parcialmente, y obligó a litigar al acreedor para obtener el reconocimiento de su derecho (conf. Cám. 1era. Apel. Bahía Blanca, DJBA, v. 83, p. 177; LL, 130-769, 17-412-S). Consecuentemente, el que ha sido condenado, aunque fuese en medida inferior a la pretendida por el accionante, reviste el carácter de vencido (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, V. II, p. 62; DJBA, v. 81, p. 521; Cám. 2da., Sala III, La Plata, causa 90.807, reg. sent. 157/58, DJBA, v. 55, p. 97; Cám. 1era. Apel. Mercedes, LL, 72-124). Es que no se pierde así la calidad de vencida, por el hecho de que la accionada hubiera sido condenada por una cantidad menor de la que fuera objeto de la pretensión (conf. SCBA, DJBA, v. 95, p. 169). En el mismo sentido se ha decidido que la noción de vencido (la cual indica que debe soportar las costas) ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio; y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. Con tal base es notorio que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, pues, aunque el pedido fuera exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber la demandada pagado aquello procedente (conf. CN. Com., Sala D, 30/7/82, LL, 1982-D-465). ----------

---- De lo expuesto hasta aquí entiendo que la disminución del monto acogido no implica que no se cargue la totalidad de las costas al condenado en la pretensión principal. Al respecto se sostuvo que el carácter de vencido en costas se configura, para el demandado, si la demanda prospera, aunque lo sea en mínima parte en cuanto al monto;

si la actora triunfó en todas las cuestiones litigiosas. Ello así, aunque el actor estimara su reclamación en una suma superior a la que correspondía, pero demandando el importe que resultara -en más o en menos- de las constancias del juicio (conf. SCBA, 26/2/80, DJBA, 118-133 y RepLL, XL-627, sum. 8; íd., 9/12/80, ac. 29.540, “Doctrina de los Fallos”, dic. 1980, nº 71; íd., 6/5/80, ac. 28.931, “Doctrina de los Fallos”, may. 1980, nº 89). ----------

---- Sin embargo, se ha sostenido que las costas en caso de culpa concurrente deben imponerse en la proporción en que la sentencia declara la responsabilidad de las partes (conf. CN. Civ., Sala A, 19/6/78, JA, 1979-IV-374; C. Fed. Rosario, Sala B, 25/4/78, LL, 1979-C-598, 35.192-S; CN. Fed. Civ. y Com., Sala III, 25/3/83, LL, 1983-D-396; entre otros). De acuerdo a dicha tesitura es que en el “sub lite” corresponde distribuir las costas en un 50% a la actora y en un 50% a la codemandada E., dada la distribución de la responsabilidad entre las partes. Es cierto que también se rechazó el rubro de gastos futuros reclamado por la accionante (ver sentencia a fs. 634), lo cual podría conducir a imponer un mayor porcentaje a la accionante en la carga de las costas, y este Cuerpo ha admitido una distribución parcial de costas cuando se hubieran rechazado algunos de los ítems o rubros requeridos en la demanda (conf. CA Trelew, Sala “B”, SDC Nº 01/10, del 02/02/10). En ese orden de ideas se sostuvo que la condenación de la demandada al pago de los gastos causídicos ha de ser proporcionada en general a la medida del progreso de la acción (conf. CN. Com., Sala A, 14/3/68, LL, 132-179 y 290; ídem, Sala D, 31/10/69, JA, 1970, v. 5, p. 276, L, 138930, 23.590-S). No obstante ello, debe recordarse que para determinar la noción de vencido debe aplicarse una visión global del juicio y no reducirse a un análisis aritmético de las pretensiones y resultados (conf. CN. Com., Sala C, 13/7/90, LL, 1990-E-283). En el mismo sentido se consideró que para la imposición de las costas lo que vale es la razón o la sin razón de las respectivas posiciones que el magistrado extrae de lo expuesto y probado en el pleito. Él está autorizado a dar al complejo de hechos relatados por los desavenidos, un encuadre jurídico distinto del que éstos perciben, en atención a la fórmula *da mihi factum, dabo tibi ius* (conf. Sentís Melendo, *Iura novit curia,* en Revista derecho procesal 1947, 2da. parte, págs. 208 y sigtes.; C. 1era., Sala III, La Plata, causa 178.895, reg. sent. 186/80, entre otras). También se sostuvo que para establecer el carácter de vencido en una contienda judicial no es admisible parcelizar el litigio con relación a los distintos reclamos, sino que ha de estarse a un enfoque global del resultado de la controversia (conf. SCBA, DJBA v. 100, pág. 130; LL, 152-140. Y en similar orden de ideas, el máximo tribunal provincial, decidió que es dable discernir la condición de derrotado o vencido en un enfoque global del pleito, mediante un prudente análisis particularizado a la cuestión en debate (conf. STJCH, in re: “C. L. c/ Pcia. del Chubut”, SD 07/91 y “C. d. R. c/ C. C. y otro”, SD 03/93). ----------

---- En síntesis, y dado que la demandada sostuvo el rechazo total de la demanda, habré

de compartir la propuesta del Dr. Lucero, e imponer las costas de ambas instancias en un 50% a la coaccionada E. y en un 50% al actor (conf. art. 72 del rito). ----------

---- En lo que respecta a los honorarios de grado, deben ser readecuados en virtud del citado art. 282 del CPCC. Es así que, teniendo en cuenta el resultado del pleito, el mérito y extensión de las tareas realizadas en la instancia anterior, encuentro ajustado a derecho, regular por las mismas, los honorarios del letrado apoderado del actor, Dr. M. J. R. C., en un 17%; a los letrados apoderado y patrocinante de la citada en garantía, Dres. J. M. I. y A. U. T., en conjunto, en un 11,76%; y a los letrados patrocinantes del codemandado E., Dres. E. P. y D. E. F., en conjunto, en un 13%; en todos los casos sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, y con más el IVA correspondiente (conf. arts. 5, 6, 8, 9, 18, 36, 38, 46 y 60 de la ley arancelaria; y leyes 23349 y 23871). ----------

---- En cuanto a los honorarios por los trabajos realizados en esta sede, considerando las mismas pautas tenidas en cuenta para los emolumentos de grado, acuerdo en establecer los del letrado apoderado de la actora, Dr. M. J. R. C., en un 4,76%; y los de los letrados patrocinantes del codemandado apelante, Dres. E. P. y D. E. F., en conjunto, en un 3,64%; en ambos casos sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, y con más el IVA (conf. arts. 5, 8, 9, 13 y 46 de la ley XIII N° 4; y leyes 23349 y 23871). ----------

---- A la luz de todo lo expuesto y razonado, a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA. ----------

---- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Lucero dijo: ----------

----- El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado para establecer la concurrencia de responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del suceso ocurrido el día 07/10/2012, del que resultara damnificado el actor Sr. J. E., en un 50% a cargo del actor y el 50% restante a cargo del codemandado Sr. H. E. E.; y, en consonancia con ello, readecuar el monto del capital de condena reduciéndolo en relación al codemandado Sr. H. E. E., al 50%; esto es, a la suma de **Pesos Trescientos Ochenta y Nueve Mil Novecientos Dos con Cincuenta y Siete Centavos ($ 389.902,57)**, con más los accesorios indicados en el anterior grado. Asimismo, para extender “in solidum” la condena, en la medida del deber de responder antes asignada y de las condiciones del seguro, a la tercera citada en garantía “Z. A. C. d. S. S.A.”. 2) ADECUAR a este nuevo pronunciamiento la atribución de las costas de primera instancia, imponiéndolas en el 50% a cargo de cada una de las partes. 3) IMPONER las costas de segunda instancia en el 50% a cargo de cada una, atento al vencimiento parcial y mutuo ocurrido en ella. 4) FIJAR, por adecuación a este nuevo resolutorio, los honorarios profesionales de primera instancia del siguiente modo, a saber: Al Dr. M. J. R. C., en la suma equivalente al 17 %; a los Dres. J. M. I. y A. U. T., en conjunto, en la suma equivalente al 11,76 %; y, a los Dres. E. P. y D. E. F.,

en conjunto, en la suma equivalente al 13 %. Todas estas alícuotas porcentuales a calcular sobre el monto del capital de condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. pertinente. 5) REGULAR los honorarios profesionales por las tareas cumplidas en esta segunda instancia, del siguiente modo, a saber: a los Dres. E. P. y D. E. F., en conjunto, en la suma equivalente al 3,64 %; y, al Dr. M. J. R. C., en la suma equivalente al 4,76 %. Dichos porcentuales igualmente a calcular sobre el monto de condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. correspondiente. ----------

---------- ASI LO VOTO. ----------

---- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo: ----------

---- Atento el acuerdo alcanzado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero. ----------

---- Así lo voto. ----------

---- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría y encontrarse en uso de licencia el Dr. Raúl Adrián Vergara al momento de efectuarse el sorteo (Arts. 7º y 8º Ley V Nº 17), pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

---- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE: ----------

---- REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado para establecer la concurrencia de responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del suceso ocurrido el día 07/10/2012, del que resultara damnificado el actor Sr. J. E., en un 50% a cargo del actor y el 50% restante a cargo del codemandado Sr. H. E. E.; y, en consonancia con ello, readecuar el monto del capital de condena reduciéndolo en relación al codemandado Sr. H. E. E., al 50%; esto es, a la suma de **Pesos Trescientos Ochenta y Nueve Mil Novecientos Dos con Cincuenta y Siete Centavos ($ 389.902,57)**, con más los accesorios indicados en el anterior grado. Asimismo, para extender “in solidum” la condena, en la medida del deber de responder antes asignada y de las condiciones del seguro, a la tercera citada en garantía “Z. A. C. d. S. S.A.”. ----------

---- ADECUAR a este nuevo pronunciamiento la atribución de las costas de primera instancia, imponiéndolas en el 50% a cargo de cada una de las partes. ----------

---- IMPONER las costas de segunda instancia en el 50% a cargo de cada una, atento al vencimiento parcial y mutuo ocurrido en ella. ----------

---- FIJAR, por adecuación a este nuevo resolutorio, los honorarios profesionales de primera instancia del siguiente modo, a saber: Al Dr. M. J. R. C., en la suma equivalente al 17 %; a los Dres. J. M. I. y A. U. T., en conjunto, en la suma equivalente al 11,76 %; y, a los Dres. E. P. y D. E. F., en conjunto, en la suma equivalente al 13 %. Todas estas alícuotas porcentuales a calcular sobre el monto del capital de condena que sea

liquidado en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. pertinente. ---------- REGULAR los honorarios profesionales por las tareas cumplidas en esta segunda instancia, del siguiente modo, a saber: a los Dres. E. P. y D. E. F., en conjunto, en la suma equivalente al 3,64 %; y, al Dr. M. J. R. C., en la suma equivalente al 4,76 %. Dichos porcentuales igualmente a calcular sobre el monto de condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. correspondiente. ---------- Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CÁMARA

SERGIO RUBÉN LUCERO
PRESIDENTE

----**REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2019 – SDC – CONSTE**.----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA