

Expediente Nº137.835 – Juzgado Nº12

// En la ciudad de Mar del Plata a los 1 días del mes de Marzo del año dos mil doce, reunida la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **“CAPARROS Mirta G. c. BLANCHOD Marcelo y ot. s. Daños y perjuicios”**. Practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto José Loustaunau y Ricardo D. Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

- 1) ¿Es justa la sentencia apelada?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

I: El Sr. Juez de primera instancia dictó sentencia a fs. 1326-1358, haciendo lugar a la demanda promovida por Mirta Gladis Caparrós contra Marcelo Gustavo Blanchod y Juan Manuel Casalins, por la suma de \$ 27.084, con más intereses a la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires, a liquidarse desde la fecha del hecho dañoso. Impuso las costas a los vencidos.

Para así decidir, comenzó por establecer que el régimen legal aplicable al caso era fijado por el Código Aeronáutico (fs. 1334 vta. a 1335 vta.); que había quedado acreditado que el demandado Casalins era el propietario de la aeronave, ante la prueba de la existencia de título y modo de la

operación de compraventa sobre el bien, por lo que resultaba legitimado pasivo (fs. 1337 vta.); y que no se había podido probar el carácter oneroso del transporte, lo que determinaba la aplicación de los arts. 163 y 142 del Cód. Aeronáutico.

En base a esas disposiciones, analizó la responsabilidad de los demandados, concluyendo que Casalins debía responder como explotador (con base en los arts. 65, 66 y 67 del Cód. Aeronáutico), y Marcelo Blanchod como usuario (fs. 1341 vta., 1342 y 1342 vta.).

En cuanto al factor de atribución, señaló que el Convenio de Varsovia –inspirador de nuestro código- funda la responsabilidad del transportista en la culpa, y que entre las causales de exoneración se encuentra la culpa de la víctima (en los términos del art. 143 del Cód. Aeronáutico), y la prueba de la adopción de las medidas necesarias para evitar el daño o de la imposibilidad de tomarlas (art. 142 del C.A., fs. 1343 vta. y 1344).

Con fundamento en el informe elaborado por la Junta de Investigaciones de Accidentes de Aviación Civil (JIAAC) de fs. 72-76 de la causa penal, concluyó que los demandados incurrieron en “manifiesta negligencia” al utilizar la nave en condiciones irregulares –falta de licencia del piloto, falta de certificado de aeronavegabilidad del ultraliviano, lugar no habilitado para despegues y aterrizajes- descartando la aplicación de los arts. 142 y 143 del Código Aeronáutico (fs. 1345 vta.).

En cuanto a los montos reclamados consideró parcialmente procedentes los rubros:

i) **daño emergente** –se habían reclamado \$.22.670, 02 en la demanda (fs. 178 vta.), y prosperó por la suma de \$.9.822,50, comprensiva de gastos de internación e intervenciones quirúrgicas, consultas médicas y tratamiento, gastos de farmacia e instrumental ortopédico, gastos de traslado, rechazando por falta de prueba los relativos a gastos por servicio doméstico y contratación de enfermera-;

ii) **lucro cesante** -se reclamó en la demanda a fs. 179 la suma de \$32.000, comprensiva de lucro cesante actual por \$.22.000 a razón de \$.1000 durante 22

meses, y \$.10.000 como lucro cesante futuro. Se hizo lugar al lucro cesante en la suma de \$ 5.500, estimando de conformidad al art. 165 del CPCC, un ingreso mínimo de \$.250 durante los 22 meses reclamados-;

iii) daño moral -se reclamó en la demanda a fs. 181 la suma de \$.100.000 y prosperó por \$.24.000-.

iv) daño estético —en la demanda se lo reclamó en forma autónoma por la suma de \$.50.000 ((fs. 180 vta.) y el rubro prosperó como costo de intervenciones quirúrgicas futuras (fs. 1354) por la suma de \$.5000, en base al informe del perito Dodero de fs. 1163-;

v) daño psíquico —en la demanda se lo reclamó autónomamente por la suma de \$.30.000, y prosperó como costo del tratamiento psicológico indicado por la perito a fs. 1028 a razón de dos sesiones semanales durante 18 meses a un costo de \$.21 por sesión, por la suma de \$.3024-.

Acogió íntegramente el monto reclamado en concepto de incapacidad laboral sobreviviente (\$.40.810 a fs. 180).

Finalmente, aplicó la limitación contenida en el art. 163 del Código Aeronáutico y fijó el capital indemnizatorio en el tope de 300 argentinos oro —equivalentes a \$. 27.084-, según cotización al momento del hecho generador de responsabilidad (fs. 1357 vta.), no incluyendo en él a los intereses (con cita de fallos de la CSJN).

II: La sentencia fue apelada por el actor a fs. 1359, y por los codemandados Blanchod a fs. 1362 y Casalins a fs. 1365, siendo concedidos los recursos libremente a fs. 1360, 1363 y 1366 respectivamente.

A fs. 1436-1452 se encuentra la expresión de agravios de la actora, y a fs. 1455-1462 la del codemandado Blanchod, y sus respectivas contestaciones a fs. 2025-2029 y 2039-2049. El codemandado Casalins no fundó en término su recurso, pero contestó la expresión de agravios de la actora a fs. 2054-2060.

II.1: Los agravios formulados por el apoderado de la parte actora fueron siete:

i) contra la aplicación exclusiva del régimen del Código Aeronáutico al caso, ya que considera procedente en “forma analógica” y subsidiaria, el régimen del Código Civil contenido en su art. 1113, en atención al carácter de cosa riesgosa de la aeronave “siniestrada”

ii) contra el carácter de gratuito atribuido al transporte, por no haber acreditado el pago de \$.15 para volar el día del accidente.

Argumentó que sólo se tuvieron en cuenta los dichos de testigos que son amigos del demandado Blanchod, lo que justificaría que ellos no hubieran pagado, y aún más, especula, que omitieran el hecho del pago para no agravar su responsabilidad, y que lo mismo podía concluirse sobre el testimonio de su hermano.

Señaló contradicciones entre esas declaraciones sobre las razones por las que los testigos concurrieron ese día al campo (fs. 1437 vta.), que no fueron tenidas en cuenta, como tampoco las conclusiones de la pericia de la JIAAC agregada a fs. 75 vta. de la causa penal, de la que se extrae que la nave estaba siendo utilizada el día del accidente para vuelos de bautismo y recreación “transportando localmente pasajeros”, ni la prueba informativa al diario El Atlántico, de la que surge la publicidad para turismo de aventura en la estancia “La Cautiva”.

Por ello, no resulta aplicable a su criterio, la limitación del art. 163 del Código Aeronáutico.

iii) contra el factor de atribución en que fundó el sentenciante la responsabilidad de los demandados, al afirmar que actuaron con “manifiesta negligencia” cuando en realidad cometieron delitos aeronáuticos legislados en el código respectivo, “lo que implica que actuaron con dolo y no con culpa”, correspondiendo por tanto la reparación integral del Código Civil y no la

limitación de responsabilidad del art. 163 del C. A., resultando aplicable el art. 147 de ese ordenamiento que regula expresamente la pérdida de ese beneficio.

Destacó que los delitos cometidos fueron los de “conducción antijurídica de aeronave”, contemplado en el art. 219, comprensivo de la conducción de una aeronave sin certificado de aeronavegabilidad y sin certificado de idoneidad, y que los demandados Casalins y Blanchod resultan responsables, como explotador-propietario y como comandante, respectivamente (fs. 1441 vta.), ya que el primero no podía desconocer la inexistencia del certificado e igualmente autorizó el vuelo, y el segundo, no poseía licencia de piloto y carecía de experiencia de vuelo, por lo que consideró configurado, en ambos, el dolo que excluye la limitación del art. 163 del C.A.

iv) en el cuarto, quinto y sexto agravio, cuestionó los montos establecidos en concepto de indemnización por lucro cesante, daño moral y daño psíquico.

Respecto al lucro cesante estimó erróneo que en la sentencia no se computen períodos futuros por considerar que forman parte de la ponderación del rubro incapacidad sobreviviente, señalando que tal criterio contradice los precedentes “Gómez” y “Alonso de Stella” de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el sentido de que no son reparaciones excluyentes entre sí, por lo que reclamó que se haga lugar al rubro desde la fecha del accidente hasta la edad de 60 años en que la actora pueda jubilarse, en la suma de \$.54.000.

Calificó de escueto el monto de \$.24.000 establecido por daño moral, porque a los padecimientos derivados de las lesiones deben sumarse las secuelas estéticas, y porque no cesaron el día de promoción de la demanda sino que continuaron con las innumerables intervenciones quirúrgicas – indicó 53- a que debió ser sometida la actora (fs. 1445 vta.). Reclamó que el rubro prospere por la suma de \$.100.000.

Sobre el costo del tratamiento psicológico, atribuyó error al juzgador por basarse en la pericia de la Lic. Guerra obrante a fs. 1087 para fijarlo en la suma de \$.21 por sesión, cuando los valores en plaza oscilan entre \$.40 y \$.50, y para establecer su duración –dos sesiones semanales durante 18 meses-, que estima no deber ser inferior a 5 años, es decir sesenta meses. Solicitó por ello que se acordara una indemnización de \$.21.600.

v) Finalmente se agravió de la limitación de responsabilidad adoptada en la sentencia por aplicación del art. 163 del C.A.

Reiteró que se trató de un transporte oneroso y no gratuito, que el beneficio debía ser excluido por haber obrado los demandados con dolo, y que la limitación legal conspira contra la reparación integral, entendida como “reparación justa” (citando a Aída Kemelmajer de Carlucci y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Solicitó que se modifique parcialmente la sentencia haciendo lugar al reclamo por la suma de \$.231.232,50 (comprensiva de los rubros consentidos –daño emergente (\$.9822,50), incapacidad definitiva parcial y permanente (\$.40.810) y daño estético (\$.5000)-, y los que surgen de los agravios vertidos –lucro cesante (\$.54.000), daño moral (\$.100.000) y daño psíquico (\$.21.600), con costas.

II.2: El codemandado Blanchod formuló los siguientes agravios:

i) contra la atribución de responsabilidad a su parte, sosteniendo que la única responsable del accidente fue la actora, que entró en pánico aferrando los comandos e impidiendo la maniobrabilidad de la aeronave (fs. 1455 vta.).

Afirmó que existe relación de causalidad entre el accidente y el hecho de la interferencia en los mandos, y que ello surge del informe de la Junta de Investigaciones de Accidentes de Aviación Civil de la

Fuerza Aérea, del testimonio de Battista a fs. 945 vta., de la absolución de posiciones de Casalins a fs. 1035, y del hecho de no haber probado la actora – cuyo comportamiento califica como imprevisible- su falta de responsabilidad, por lo que debe eximírsele en los términos del art. 143 del C.A., y los arts. 512 y 1111 del C.C.

ii) como segundo agravio propuso el replanteo de la prueba denegada, cuestión que por haber quedado resuelta en forma definitiva a fs. 2073-2074, sólo será considerada con el alcance allí establecido, es decir, el punto 1 del informe de fs. 2089.

iii) en el tercero solicitó que se impusiera a la actora el instituto de la plus petitio inexcusable por haber quedado reducida su pretensión en más de un 20 %, al haber aplicado el sentenciante la limitación de responsabilidad del art. 163 del C.A.

iv) finalmente, cuestionó la imposición de costas a la parte demandada, solicitando la aplicación del art. 71 del CPCC.

Solicitó la revocación de la sentencia, con costas.

III: Antes de entrar en el análisis de los recursos deducidos, estimo necesario señalar, que ante la falta de fundamentación en término del interpuesto por el demandado Casalins, ha quedado firme en esta instancia lo resuelto por el sentenciante rechazando su alegada falta de legitimación pasiva.

Los sólidos argumentos vertidos en la sentencia respecto a los caracteres esenciales de la compraventa de aeronaves, y al efecto declarativo y de oponibilidad a terceros de la inscripción registral (fs. 1337 vta. y 1338, en igual sentido Videla Escalada Federico, "Derecho Aeronáutico", Ed. Víctor P. de Zavalía, 1973, Tomo 3, págs. 59, 61 y 68; arts. 49 y 50 del Código Aeronáutico), me eximen de mayores desarrollos, aún frente al intento de reeditar la cuestión esbozado al contestar los agravios de la actora a fs. 2054-2060.

También ha quedado acreditado:

- que la Sra. Mirta Caparrós subió a la aeronave ultraliviana el día 7 de enero de 1996, en la estancia La Cautiva;

- que la comandaba el demandado Marcelo Blanchod, quien carecía de licencia habilitante y certificado de competencia de piloto de aeronave ultraliviana y tenía escasa experiencia de vuelo (fs. 72 vta., 74 vta. y 76 de la causa penal caratulada "Blanchod Marcelo Gustavo s. Lesiones Culposas. Víct. Caparros Mirta Gladis", que tengo a la vista; fichas de examen psicofisiológico de la Fuerza Aérea Argentina de fs. 733 y 734);

- que la aeronave no tenía certificado de aeronavegabilidad, y sólo podía realizar vuelos de prueba de producción, lo que determina dos limitaciones: que sólo un piloto de prueba de la empresa fabricante puede estar al mando y ninguna persona puede ser transportada en estos vuelos a menos que sea esencial para su objeto (fs. 73 de la causa penal);

- que el lugar utilizado para el despegue y aterrizaje no estaba habilitado ni denunciado a la autoridad aeronáutica (fs. 75 vta. de la causa penal);

- que la actora y el piloto sufrieron traumatismos graves (Historias clínicas de fs. 977-986 del HIGA y del HPC a fs. 768-777 correspondiente a la actora, y de fs. 749-764 del HPC de Marcelo Blanchod).

III.1: El primer agravio a tratar en consideración a su importancia para resolver la cuestión es el de la parte demandada, relativo a la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad.

La discusión sobre si la culpa o el hecho de la víctima son suficientes para interrumpir el nexo causal, no tiene relevancia en el caso toda vez que, a mi criterio, la actora no incurrió en culpa y su hecho no influyó en el resultado.

III.1.1: Pizarro sostiene que cuando el daño es causado al pasajero, la responsabilidad del transportista tiene carácter contractual, toda vez que éste asume una obligación de conducir a la persona en condiciones de indemnidad hasta el lugar de destino, y que *“el fundamento de dicha obligación es subjetivo y se basa en una culpa presumida (art. 142 del Cód. Aeronáutico)”* (Pizarro Ramón Daniel, “Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa”, Ed. La Ley, Tomo III, pág. 508).

Videla Escalada por su parte, señalaba que siempre existieron controversias respecto a si el régimen destinado a reglar la responsabilidad del transportista debía responder a una base subjetiva, con la culpa como factor de atribución de la obligación resarcitoria, o a una base objetiva, apoyada en el riesgo, y que el camino recorrido desde 1929 en que la tesis subjetiva se consagró en el Convenio de Varsovia, mostraba un avance hacia la posición inspirada en la teoría objetiva (Videla Escalada, ob. cit., Tomo 4-A, 1976, pág. 265; para las distintas posturas y debates en doctrina, congresos e instrumentos internacionales que mantienen el factor de atribución subjetivo, ver Videla Escalada, “Los topes indemnizatorios en el derecho aeronáutico”, en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”, en homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini, Ed. Abeledo Perrot, 1997, pág. 286 y sgtes.).

Sin embargo, y como bien indica el sentenciante, nuestro Código Aeronáutico, inspirado en aquel Convenio, funda la responsabilidad en la culpa presumida, y la presunción debe ser destruida por el transportista, invocando y probando la existencia de una causal de exoneración

a) La eximente invocada por el apelante es la prevista por el art. 143 del Código Aeronáutico que establece, *“La responsabilidad del transportador podrá ser atenuada o eximida si prueba que la persona que ha sufrido el daño lo ha causado o ha contribuido a causarlo”*, y su fuente es el art. 21 del Convenio de Varsovia, que expresamente establece que el Tribunal *“podrá, conforme a los preceptos de su propia ley, descartar o atenuar la responsabilidad del transportador”*.

Aunque Videla Escalada y Pizarro ponderan que es necesaria la culpa de la víctima (Pizarro lo hace al hablar del texto del art. 159 del C.A. que

tiene idéntica redacción en orden a la liberación del explotador por daños causados a terceros en la superficie, ob. cit., pág. 512), Alterini, menciona expresamente como ejemplo de la eficacia liberatoria del mero hecho, al art. 143 del C.A. (Alterini Atilio Aníbal, "Incidencia del mero hecho en la ruptura de la relación causal", en "La responsabilidad" Homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg, Ed. Abeledo Perrot, 1995, pág. 392).

Para que opere la liberación, la causal debe estar debidamente probada, exigencia que conjuntamente con la circunstancia de no funcionar en forma automática, ha dado lugar a que, justificadamente, se haya señalado que aún respecto de la culpa de la víctima, el Convenio de Varsovia es restrictivo (Videla Escalada, ob. cit., Tomo 4-A, 1976, pág. 286).

Por ello, queda librada al juez la decisión de liberar totalmente o reducir la indemnización que correspondería pagar si la causal de exoneración no se hubiera configurado.

b) La segunda eximente contemplada en el art. 142 del C.A., con fuente en el art. 20 del Convenio de Varsovia, cuyo párrafo segundo fue suprimido por el Convenio de La Haya de 1955, es la que permite al transportista invocar la adopción de todas las medidas necesarias para evitar el daño o la imposibilidad de tomarlas.

Sobre la interpretación de estas normas, existe una corriente restrictiva que entiende que las "medidas necesarias" deben ser analizadas en concreto, en relación inmediata y directa con el accidente, juzgando que aquellos cuyas causas no puedan ser fehacientemente determinadas deben originar responsabilidad a cargo del transportista. La otra corriente considera que debe tomarse en cuenta la manera como hubiera obrado un transportista prudente y razonable.

La carga de la prueba de la causal está a cargo del transportista, quien por medio de una pericia técnica puede demostrar si adoptó o no todas las medidas necesarias para evitar el daño o la imposibilidad de tomarlas.

Videla Escalada (ob. cit., Tomo 4-A, 1976, pág. 301) indicaba que ciertos hechos tiene el valor de presunciones pero no constituyen por sí solos plena prueba de su adopción, citando como ejemplo la posesión en perfecta regla de un certificado de aeronavegabilidad en vigencia, y que no se trata de exigir al transportista una prueba negativa, sino una demostración perfectamente viable, de contenido positivo, que permita convencer al tribunal de la adopción de las medidas requeridas.

El Código aeronáutico no contempla como causas de exoneración ni el caso fortuito (en contra Pizarro, ob. cit., pág. 512 con cita en nota 16 de Llambías, "Obligaciones", Tomo IV-B, pág. 245 y Trigo Represas-López Mesa, "Tratado de la responsabilidad civil", Tomo III, pág. 427, sosteniendo la aplicación de los principios generales), ni el hecho de un tercero, supuesto que funciona de manera similar a la utilización contra la voluntad expresa o presunta del propietario en la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa en el art. 1113 del C.C. (De Paoli Silvia, "Derecho aeronáutico", en "Responsabilidad civil objetiva", coordinador Roberto López Cabana, ed. Abeledo Perrot, pág. 68, nota 16).

III.1.2: Como adelanté, en mi opinión, no se ha configurado en autos ninguna eximente de responsabilidad.

El informe de la Junta de Investigaciones de Accidentes de Aviación Civil (JIAAC) aprobado mediante Disposición 44/96, de fecha 6 de septiembre de 1996, obrante a fs. 72-82 de la causa penal N°32.405 caratulada "Blanchod Marcelo. Lesiones culposas. Víct. Caparrós Mirta Gladys" de trámite por ante el Juzgado en lo Criminal N°4 departamental, es categórico para descartarlas.

i) Comienza por establecer que el accidente ocurrió en una aeronave ultraliviana motorizada, *"al mando de una persona sin licencia habilitante para hacerlo"* (fs. 72);

ii) En el punto 1.5.1. relativo a información del personal, se indicó: *“La persona en los mandos no posee licencia de piloto ni certificado de competencia de piloto de aeronave ultraliviana. Declara que realizó **algunas horas** como alumno piloto. **De haberlo hecho fue en condiciones antirreglamentarias pues debió poseer aptitud psicofisiológica certificada y según informa el Instituto de Medicina Aeronáutica y Espacial su primer examen lo efectuó recién el 3-1-96, es decir, cuatro días antes del accidente,** y resultó inepto por un problema cardiocirculatorio...”* (fs. 72 vta.).

iii) Sobre la aeronave, en el punto 1.6, que *“... Posee un certificado de matrícula de fabricante a nombre de Aerolatina S.A. y un certificado de propiedad de fabricante... La Dirección de certificación Aeronáutica Bs. As. de la DNA había liberado la aeronave para realizar los vuelos de prueba de producción con fecha 23 de diciembre de 1995 con validez hasta el 23-01-96. Estos vuelos tienen una serie de limitaciones entre las que merecen citarse: El piloto al mando... debe ser uno de los pilotos de prueba de la empresa. **Ninguna persona puede ser transportada durante los vuelos de esta aeronave, a menos que sea esencial para los propósitos de los mismos...** deberá ser operada de acuerdo a los procedimientos de Vuelos de Prueba de Producción del fabricante aprobados para la marca y modelo correspondiente. De acuerdo a la factura de Aerolatina SA... fue vendida el día 2-1-96 a una persona con domicilio en la estancia donde se accidentara el día 7-1-96... No se presentaron historiales con registros de actividad y tareas de mantenimiento, ni para los vuelos en fábrica ni en los cinco días posteriores a la compra”* (fs. 73).

iv) En la información metereológica (punto 1.7) se indica que no hubo ningún fenómeno significativo en el lugar, día y hora del accidente, y sobre el aeródromo, que el lugar utilizado para los despegues y aterrizajes *“no era un Lugar Apto Denunciado (LAD), de manera que no se tiene ninguna información oficial sobre el mismo”* (fs. 73 vta., punto 1.10).

v) Como información orgánica y de dirección, se señaló, *“La aeronave había sido autorizada por la Autoridad de Aeronavegabilidad DNA para realizar únicamente vuelos de prueba al día 23-dic-95, diez días después al 2-ene-96 ... fue vendida , cinco días después el 7-ene-96 ... se accidentó haciendo vuelos de*

bautismo en un lugar distante varios cientos de kilómetros de la fábrica, no habilitado ni denunciado para operaciones aeronáuticas, al mando de una persona sin Licencia de Piloto, sin algún tipo de Certificación de Aeronavegabilidad y sin haberse inscripto el dominio del nuevo titular y la matrícula en el Registro Nacional de Aeronaves. La fábrica no informó a la DNA (Dirección de Certificación Aeronáutica Bs.As.) la finalización y el resultado de los vuelos de prueba, no cumplimentando las normas establecidas por ésta en la Disposición N°25/91, vulnerando así su capacidad de control” (fs. 74 punto 1.17).

vi) La opinión de los distintos asesores intervinientes fue contundente.

El de tránsito aéreo entendió que “*se ha transgredido lo establecido en los siguientes párrafos del Reglamento de Vuelo. Párrafo 13 requisitos de los tripulantes. Párrafo 38 Verificaciones antes del vuelo (aeronavegabilidad). Párrafo 48.1 Operaciones fuera de aeródromos controlados”* (punto 1.18.1.2 de fs. 74).

El asesor en medicina aeronáutica, que “*de lo investigado surge como causal de fallas de performance humana la inexperiencia del piloto”* (punto 1.18.1.3 de fs. 74 y 74 vta.).

La asesoría jurídica afirmó que “*respecto a la irregular situación de aeronavegabilidad de la aeronave ULM accidentada no se ha dado cumplimiento a lo establecido por el art. 10 del Código Aeronáutico (Ley N°17.285). Respecto al dominio de la aeronave... estaba en condiciones de ser vendida sin haberse cumplido previamente con las disposiciones vigentes (art. 45 del Código Aeronáutico y Decreto N°4907/73). Respecto a la falta de habilitación y denuncia del lugar utilizado para los vuelos... se ha transgredido lo establecido por el art. 29 del Código Aeronáutico y del Reglamento de Vuelos... Por último... dadas las irregularidades cometidas por la empresa fabricante, por el adquirente y por el piloto, corresponde que tomen intervención los organismos correspondientes de acuerdo a lo establecido en la Resolución N°710/83 para la aplicación del decreto N°2352/03 que reglamenta lo atinente al régimen de faltas aeronáuticas”* (punto 1.18.1.4 de fs. 74 vta.).

vii) En el análisis de los factores operativos, se expresa que “Al realizarse vuelos con personas ubicadas en lugares que poseen mandos de vuelo **debe tomarse especial precaución** porque es muy probable que si se produce una situación crítica esa persona pueda consciente o inconscientemente tocar los mandos y agravar la situación. En este caso no puede afirmarse con seguridad si el principio de la inclinación se debió a un viraje muy cerrado del piloto para no pasarse de la trayectoria normal de aproximación al lugar de aterrizaje, **hecho común en pilotos de poca experiencia**, o a la acción de una ráfaga de viento. **Como cuando ocurrió la inclinación, el viento incidía a 90° a la izquierda con respecto a la dirección de vuelo del ULM resulta difícil pensar que su acción hubiese levantado el ala derecha.**

Con respecto a la posible interferencia de la pasajera, **si bien tampoco puede probarse**, ésta no lo niega totalmente. La ubicación de los pies en el asiento de la derecha de esta aeronave **da lugar a una muy posible interferencia en los pedales**, y la palanca al quedar entre las piernas del pasajero, también presenta la posibilidad de interferencia. Un giro cerrado con inclinación, a baja altura, puede provocar algún tipo de reacción instintiva sobre una persona que no tiene experiencia de vuelo. Durante la inclinación se disminuye notablemente la sustentación llegando a no ser suficiente para mantener la aeronave en el aire” (fs. 75 punto 2.1).

viii) Sobre la normas transgredidas se lee, “Lo expuesto en los párrafos 1.5, 1.6, 1.10 y 1.17 pone de manifiesto las transgresiones cometidas principalmente por el propietario, el piloto y el fabricante-vendedor... La Disposición N°25/91 de la DNA establece los procedimientos a seguir y los requisitos a cumplimentar por estos últimos antes de entregar las aeronaves vendidas. En esa oportunidad caducan los Certificados de Aeronavegabilidad especiales y se deben reintegrar los Certificados de Propiedad y de Matriculación de Fabricante. De no cumplimentarse las Disposición **como en el presente caso**, se burlarán los controles a ejercer por la Autoridad Aeronáutica para seguridad de los vuelos” (punto 2.2 de fs. 75)

ix) Finalmente, en las conclusiones, sobre los “hechos definidos” se informa:

“3.1.1. La persona en los mandos no tenía licencia habilitante como piloto ni certificado de competencia de aeronave ultraliviana y no

podía obtenerlas porque había sido calificada no apta en su examen psicofisiológico. Tenía solamente una pequeña experiencia de vuelo”.

*3.1.2. La aeronave tenía un certificado de aeronavegabilidad que **solamente la autorizaba para ser utilizada en vuelos de comprobación de fabricación.***

3.1.3. La aeronave estaba inscrita a nombre del fabricante y solamente tenía una matrícula adelantada a dicho fabricante.

*3.1.4. La aeronave **estaba siendo utilizada el día del accidente para efectuar “vuelos de bautismo” y recreación transportando localmente pasajeros.***

3.1.5. No se presentaron historiales con la actividad y antecedentes de mantenimiento de la aeronave.

*3.1.6. El lugar utilizado para los despegues y aterrizajes **no era un lugar habilitado ni denunciado ante la Autoridad Aeronáutica.***

*3.1.7. Según declara el piloto el viento le provocó una elevación del ala derecha, pero **la dirección del viento cuando se produjo esa elevación era de 90° izquierda respecto al ULM.***

*3.1.8. El fabricante **vendió y entregó la aeronave al comprador antes que se hubiesen cumplimentado los trámites de certificación técnica de aeronavegabilidad, matriculación e inscripción de propiedad ...** hecho que impidió el control que debe ejercer la Autoridad Aeronáutica.*

3.1.9. Las declaraciones de la pasajera y del testigo en tierra dan cuenta de un giro cerrado por izquierda con mucha inclinación en el momento de la caída del ULM.

*3.1.10. **Pudo existir una interferencia en los mandos de vuelo realizada inconscientemente** por la pasajera cuando se efectuaba la maniobra indicada...*

3.1.11. La aeronave entró en pérdida de sustentación en viraje **por una excesiva inclinación**".

Al enumerar las causas en el punto 3.2., indicaron "Impacto contra el terreno... debido a una pérdida de sustentación en viraje. Fueron factores contribuyentes: **la escasa experiencia de vuelo de la persona en los mandos, que no poseía licencia de piloto; la realización de un giro cerrado con mucha inclinación a baja altura; la posible interferencia en los mandos de vuelo de la pasajera por la maniobra descripta; aunque muy poco probable, según afirma la persona en los mandos: una posible acción del viento durante la maniobra**" (fs. 75 vta.).

x) El informe culmina con las recomendaciones del punto 4, que en lo que respecta al propietario comprador del ULM indican:

4.2.1. Regularizar la situación legal y técnica del mismo ante el organismo correspondiente (DNA).

4.2.2. En caso de utilizar nuevamente el lugar para operaciones aéreas en la estancia "La Cautiva", denunciar a la autoridad aeronáutica dicho lugar, para que sea considerada como LAD.

4.2.3. **Confirmar previo a autorizar el vuelo de una aeronave de su propiedad que el piloto al mando posea licencia, aptitud psicofisiológica y habilitación para desarrollar esa actividad. Tener especialmente en cuenta la responsabilidad al realizar transporte de pasajeros.**

4.3. Dar pase de estas actuaciones a la Dirección Nacional de Aeronavegabilidad y Dirección de Fomento y Habilitación para que conozcan en los términos de los arts. 8 y 7 de la Resolución N°710/83 respecto a los hechos comprobados que constituyan infracciones a las normas aeronáuticas" (fs. 76, los párrafos resaltados y subrayados no son del original).

III.1.3: La transcripción efectuada revela, a mi entender, que ni la culpa o el hecho de la víctima en su caso, ni la adopción de todas las

medidas necesarias para evitar el daño o la imposibilidad de tomarlas, pueden ser invocadas legítimamente como eximentes de responsabilidad.

La actora no tenía ni la dirección ni el control de la aeronave, lo que descarta de plano que haya obrado con culpa; en cuanto a su eventual hecho –de haber existido, cuestión no alegada ni probada- no reuniría los elementos necesarios para funcionar como eximente: ser contrario al ordenamiento, haber provocado el daño, tener relación causal adecuada con el perjuicio y no ser imputable al ofensor (Goldenberg Isidoro, “La relación de causalidad en la responsabilidad civil”, Ed. Astrea, 1989, pág. 164).

Las referencias a una “**posible interferencia**” en los mandos por parte de la pasajera (fs. 75 de la causa penal, punto 2.1. y fs. 76 punto 3.2.), “**realizada inconscientemente**” ante la inclinación del ULM (fs. 75 vta. punto 3.1.10), no me permiten tener por acreditada su culpa o la influencia causal de su hecho, en una situación donde expresamente se indica que “debe tomarse especial precaución” (fs. 75 punto 2.1.) por parte de quien realiza el vuelo.

Estar expuesta a un riesgo no implica haberlo asumido, lo que torna inaplicable, a mi criterio, el art. 1111 del C.C.

Esa especial precaución no fue adoptada por el piloto, que no sólo condujo la aeronave sin licencia y sin experiencia, sino que no constató que tuviera certificación técnica de aeronavegabilidad e intentó el aterrizaje en una pista no habilitada. Tampoco por el comprador Casalins, que no podía desconocer la situación de la aeronave, de la pista, y que, ineludiblemente, debió requerir al piloto que exhibiera su licencia habilitante.

En su absolución de posiciones Blanchod afirmó que la aeronave estaba habilitada para transportar personas, pese a que ha quedado demostrado que no era así (respuesta a posición 3 de fs. 939), y en la suya, Casalins, respondió que no lo sabía (respuesta a posición sexta de fs. 1035); en relación a la falta de licencia, Blanchod admitió que no la poseía, porque “*en su momento por un error administrativo salió “inepto” pero luego se volvieron a hacer los análisis correspondientes*

y salió todo correcto” (respuesta a posición quinta de fs. 939), y Casalins, que lo desconocía (respuesta a posiciones 7, 8 y 9 de fs. 1035).

Las fichas de examen psicofisiológico agregadas a fs. 733 y 734 corresponden a febrero de 1997 y mayo de 1998 -el accidente se produjo en enero de 1996-, y así fueron solicitadas en el oficio de fs. 732, por lo que nada agregan a la versión del demandado sobre su falta de licencia habilitante al momento del hecho.

Sobre los riesgos del aire —como los que nacen de factores naturales, como el rayo, la niebla o los pozos de aire-, es dable señalar que Videla Escalada (ob. cit., Tomo 4-A, 1976, pág. 316) entendía que no debían ser admitidos como causal de exoneración, sino que debían quedar a cargo del transportista, porque a su criterio, las obligaciones asumidas por él eran de resultado, y por ende, únicamente podrían tener relevancia si estuvieran incluidos dentro de la demostración de haber adoptado todas las medidas necesarias para evitar el daño (Alterini considera que el art. 142 del C.A. establece una obligación de resultado atenuada, en “La presunción legal de culpa como regla del factor victimae”, en “Temas de responsabilidad civil”, Ed. FDyCSUBA-Ciudad Argentina, 1995, pág. 102).

Sin perjuicio de ello, del informe de la JIAAC surge que no hubo ningún fenómeno meteorológico significativo (fs. 73; a igual conclusión se arriba en el informe del Servicio Meteorológico Nacional de fs. 2089), que resulta difícil pensar que la acción del viento hubiera levantado el ala derecha (fs. 75), por lo que, pese a las afirmaciones del piloto, era **muy poco probable** que se encontrara entre las causas del accidente (fs. 76).

El agravio debe ser rechazado y confirmada la sentencia en cuanto a la inexistencia de eximentes de responsabilidad.

III.2: La actora se agravia porque el Juez de primera instancia no tuvo por acreditado el carácter oneroso del transporte, lo que impediría el encuadre del hecho en el art. 163 del C.A.

No encuentro razones para apartarme del análisis de la prueba producida efectuado en la sentencia a fs. 1339-1340 vta. (Considerando III), porque más allá de las eventuales contradicciones entre Casalins y Blanchod sobre las razones por las que concurrieron al campo ese día –cumpleaños de su hijo para el primero, día de campo recreativo para el segundo-, no puede extraerse de ellas el carácter oneroso alegado.

Tampoco de las declaraciones testimoniales de Cotrofe, Battista y Fiorucci a fs. 946, 948 y 950 respectivamente, quienes afirmaron, al responder a la pregunta tercera, que concurrieron para “conocer el lugar”, “pasar un día domingo” y “pasar un día de campo, a tomar mate”; que no sabían que había un avión (respuesta a pregunta 4 del interrogatorio de fs. 945), y en cuanto a si les cobraron por subir al avión o a alguna otra persona de las que allí había (preguntas 8 a 11), respondieron que no.

La referencia al ofrecimiento de servicios “contratados” de recreación y turismo aventura que surgiría de la publicación del diario “El Atlántico” de fecha 27 de marzo de 1996 efectuada a fs. 1437 y vta., no ha podido ser verificada, ya que en las fojas que allí se mencionan -715 a 717- figuran agregadas las copias de la publicación que hizo ese diario del hecho dañoso.

En virtud de ello estimo que fue acertada la conclusión del sentenciante, y que el agravio debe ser rechazado.

III.3: En relación al factor de atribución de responsabilidad a los demandados, la parte actora se agravió porque consideró que no fue la “negligencia manifiesta” (fs. 1345 vta.), sino el dolo, por haber cometido delitos aeronáuticos.

El informe de la JIAAC que he transcripto y en el que fundamenta el sentenciante su decisión sobre el punto (fs. 1344), revela esa negligencia y la inexistencia de causales de eximición.

Pero además, su conducta está tipificada como delito dentro de la normativa del Código Aeronáutico.

III.3.1: Videla Escalada (ob. cit., Tomo 4-B, 1976, pág. 905) consideraba que el derecho penal aeronáutico no es una ciencia con vida propia e independiente y que carece de destino especial, pues cualquiera de los actos incluidos en su ámbito no está excluido del campo del derecho penal general, y que las normas que castigan las violaciones a preceptos legales aeronáuticos revisten auténtica esencia penal.

Al tratar específicamente el tema de los delitos aeronáuticos, afirmaba que caben en el género de los delitos del derecho común, lo que no obsta a que en su tipología intervengan elementos propios de la actividad, que le imprimen una fisonomía peculiar e influyen en el tratamiento de esas figuras delictivas.

Dentro de los delitos de conducción antijurídica de aeronave, cabe distinguir la conducción de aeronaves carentes de habilitación o inhabilitadas, la conducción sin título habilitante y la conducción de aeronaves sin marcas o con marcas falsificadas.

El primero está contemplado en el art. 219 del C.A.; los elementos constitutivos del delito son la operación de una aeronave y la ausencia de los certificados de matriculación o aeronavegabilidad, recaudos obligatorios para hacerla operar (Folchi Mario, "Los delitos aeronáuticos", Ed. Abeledo Perrot, pág. 137).

La seguridad del vuelo y la de los terceros en la superficie son los bienes jurídicos protegidos, y por ello, la ausencia del certificado de aeronavegabilidad es elemento sustancial, ya que tiene la finalidad específica de garantizar tales bienes, al aseverar que la aeronave está en condiciones de operar.

Pueden ser sujetos activos del delito el explotador de la aeronave o su comandante, ya que el hecho se tipifica tanto cuando se la conduce sin habilitación como cuando se la hace conducir en esas condiciones.

La conducción de aeronaves sin título habilitante es otro aspecto del mismo problema, y está contemplada en los arts. 220 y 221 del C.A.

Los elementos constitutivos del hecho consisten en la conducción de una aeronave y la ausencia de la correspondiente certificación de idoneidad. La suma de ambos conforma el delito, por lo que sólo pueden ser sujetos activos el piloto u otros tripulantes. Los bienes jurídicos protegidos son la seguridad de la navegación aérea y de los terceros en la superficie, lo cual sitúa a estos hechos dentro del campo típico de los delitos aeronáuticos.

Ambos delitos, como adelanté, han quedado tipificados en el caso, y las recomendaciones dirigidas al propietario en el punto 4 de fs. 76 del informe agregado en la causa penal, son claras en cuanto a regularizar la situación legal y técnica del ULM, sobre la denuncia a la autoridad de control del lugar de operaciones en caso de utilizarlo nuevamente con ese fin, y, fundamentalmente, confirmar que el piloto tenga licencia antes de autorizar el vuelo de una aeronave de su propiedad.

III.3.2: La negligencia de los demandados y el encuadre de su conducta dentro de los delitos tipificados por el Código Aeronáutico, me conducen al nudo argumental del séptimo agravio del actor: si la limitación de responsabilidad debe ceder ante el obrar doloso que les imputa (fs. 1449, con fundamento en el desarrollo del segundo agravio de fs. 1439-1444).

III.3.2.1: El tema de la limitación cuantitativa de la responsabilidad es la causa de la crisis que desde la época de su preparación y sanción afectó al Convenio de Varsovia, frente al principio de reparación plena imperante en el ámbito del derecho común.

Videla Escalada (ob. cit., pág. 364), analizaba los fundamentos de una y otra posición, y concluía que frente al firme precepto de la reparación integral, pocos son los argumentos que pueden aducirse en favor de la limitación, que, *“... más que razones jurídicas sólo la respaldan motivos de conveniencia, que se apoyan mayormente en bases económicas y aún proteccionistas que en un real sentido de la equidad”*, y destacaba que resulta difícil justificar la limitación en un sistema que tiene a la culpa como factor de atribución de responsabilidad (en igual sentido, López Cabana Roberto, “Limitaciones a la íntegra reparación del daño”, en “Temas de responsabilidad civil”, ob. cit., pág. 137, cuando señala que “la limitación del resarcimiento no encuentra justificación cuando concurre un sustento subjetivo de responsabilidad”).

En el sistema elaborado en 1929, la principal –y aceptable en ese momento- justificación era la protección del transportista aerocomercial, que reconocía antecedentes en el derecho marítimo, con el que compartía no las soluciones, pero sí la finalidad: concederle un tratamiento favorable en cuanto a su responsabilidad, pero haciendo recaer el peso de esa protección de la industria en sus usuarios.

Desde el punto de vista de ellos, el otro argumento fundante de la limitación fue que podían percibir indemnizaciones seguras, serias, uniformes, preestablecidas, sin tener que probar la culpa del transportista, y que facilitaba la contratación de seguros.

En el Convenio de Varsovia- La Haya el principio de limitación de la responsabilidad no tiene carácter absoluto, sino que el texto prevé –como una verdadera sanción legal- en qué casos se pierde ese beneficio, lo que puede ocurrir en todas las especies de transporte, de personas y de cosas.

En lo que aquí interesa, y respecto al obrar con dolo o falta grave a que aludía el Convenio de Varsovia, con las modificaciones que le introdujo el Protocolo de La Haya de 1955 (ratificado por la Argentina en 1969), se

estableció que *“Los límites de responsabilidad previstos en el art. 22 no se aplicarán si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes, **con intención de causar el daño, o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño**; sin embargo, en el caso de una acción u omisión de los dependientes, habrá que probar también que éstos actuaban en el ejercicio de sus funciones”* (el resaltado me pertenece).

Para que funcione la causal de pérdida del beneficio, debe demostrarse el nexo de causalidad entre el hecho doloso o temerario y el daño sufrido por la víctima, ya que al tratarse de una privación excepcional, en caso de no establecerse ese nexo debe mantenerse la limitación.

La única diferencia del régimen del Código Aeronáutico con el sistema internacional, es que en su art. 147 sólo sanciona al transportista que ha obrado con dolo y no al que ha incurrido en culpa.

III.3.2.2: En el caso, estamos ante un supuesto de transporte gratuito, que como acto jurídico tiene los requisitos necesarios para entrar en la categoría de contrato, que queda sujeto a las estipulaciones de las partes, sin que quepa incluirlo en el contrato típico de transporte, pues se trata, según Videla Escalada (ob. cit., Tomo 3, 1973, pág. 329, con cita en nota 365 de Lemoine y Romanelli) de una figura atípica, que como tal, se rige por las reglas de la teoría general del contrato y las disposiciones de los contratos típicos que mejor se ajusten a su esencia, en este caso, el de transporte ordinario, en cuanto le resulten aplicables.

El Convenio de Varsovia no contiene normas especiales sobre transporte gratuito, y sólo efectúa una distinción según que el transportista sea una empresa de transporte –en cuyo caso se aplica el convenio-, o no, resultando aplicable, en ese caso, la legislación nacional.

El Código Aeronáutico contempla el caso en los arts. 163 y 164; de acuerdo a la remisión a las normas del transporte oneroso, la

responsabilidad se mantiene sobre base subjetiva, con diferencias según que el transporte sea realizado o no por una empresa.

Si es efectuado por una empresa funciona la presunción de culpa, mientras que en los casos ordinarios, corresponde probar la culpa del transportista.

El autor que vengo reseñando, indicaba que ***“Debe entenderse que el contrato está sometido al régimen de derecho común y no al sistema que regla la responsabilidad del transportista en el contrato oneroso. Es decir que por la naturaleza de las obligaciones, que son de resultado, por analogía con el caso del transporte en general, e incluso con la locación de obra, figura madre a la que siempre debemos tener en cuenta, al no haber cumplido exactamente sus obligaciones contractualmente asumidas, el transportista deberá demostrar alguna causal de exoneración para eximirse de su deber de resarcir los perjuicios sufridos por el usuario”*** (ob. cit., pág. 551).

Deberá probar que hubo caso fortuito —causal que no funciona en el transporte aéreo ordinario— o, de conformidad a la remisión que el art. 164 hace al art. 142 del C.A., que ha adoptado las medidas necesarias para evitar el daño o la imposibilidad de tomarlas.

No se ha acreditado la configuración de tales causales de eximición, de conformidad al análisis previo efectuado.

Sin perjuicio de ello, considero que si bien la conducta de los demandados está tipificada como delito aeronáutico, ello no alcanza para atribuirles un obrar doloso en los términos del art. 1072 del C.C., aplicable en virtud de la integración legislativa prevista por el art. 2 del C.A., y en el orden de prelación allí señalado.

III.3.2.3: ¿Debe aplicarse entonces el límite cuantitativo de responsabilidad del segundo párrafo del art. 163 del C.C.?

La actora en su primer agravio cuestionó que en la sentencia se estableciera que el caso debía resolverse según las disposiciones del C.A., argumentando que en virtud de su art. 2 y del art. 16 del C.C., debía aplicarse subsidiariamente el derecho común, concretamente el art. 1113 del C.C. (fs. 1436 vta.).

Adelanto que el límite cuantitativo del art. 163 del C.A. debe ser desplazado, aplicando las normas del derecho común en razón de que la norma especial, no supera el test de lo que Bidart Campos denomina “razonabilidad axiológica”, resultando violatoria de los derechos constitucionales de la actora (Bidart Campos Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ed.Astrea, Tomo 1-B, pág. 228, CSJN, Fallos, “Flores” 307:906 y “Miguel”, 308:1631, de los que surge que deben descalificarse las reglas jurídicas irrazonables cuando consagran una manifiesta iniquidad).

La simple comparación entre la suma indemnizatoria a la que arriba el sentenciante – \$88.156,50, a fs. 1357 vta., sin entrar en el análisis del agravio relativo a esos montos-, y la que resulta de la aplicación de esa norma (\$27.084, fs. 1358), demuestra que el derecho a la reparación de la actora resulta desnaturalizado, desvirtuado o impedido (CSJN, Fallos, 156:290), ingresando en la “dimensión prohibida” a la que alude Sagüés (Sagües Néstor P., “Elementos de Derecho Constitucional”, ed. Astrea, Tomo 2, n°1181, pág. 699), al hablar de las leyes reglamentarias de los derechos constitucionales.

Contribuye a ello, la fecha de cotización del peso argentino oro que establece el artículo –la del momento del hecho generador-, contrariando la tendencia que indica que el valor de reparación debe fijarse en la fecha más próxima a la sentencia (Alterini Atilio, Ameal Oscar, López Cabana Roberto, “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”, Ed. Abeledo Perrot, 2003, pág. 277, n°614), que en el caso, genera diferencias cuantitativas con las reparaciones del derecho común (para el primer trimestre de 2012 la cotización según la página del BCRA – www.bkra.gov.ar- es de \$1.581,05 que multiplicados por 300 arroja la suma de \$474.315, que no resultaría violatoria de los derechos de la actora, sino que excedería ampliamente su reclamo; en

igual sentido, CCC Mercedes, Sala I, “ Freggiaro Roberto M. y ots. C. Aeroclub Luján y ots. S. Daños y perjuicios”, sent. del 12-9-2006, se declara la inconstitucionalidad de la limitación cuantitativa del art. 163 del C.A. por la fecha de cotización del argentino oro que fija y ante la falta de seguro).

El derecho a la reparación integral del daño injustamente causado tiene jerarquía constitucional consolidada en numerosos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Aquino Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, sent. del 21-9-2004, con el que culmina el proceso evolutivo iniciado con “Santa Coloma Luis y ot. c. Ferrocarriles Argentinos”, Fallos, 308:1160, en JA-1986-IV-625; “Gunther Fernando c. Gobierno Nacional”, Fallos, 308:1118 en JA-I987-IV-653; y “Luján c. Nación Argentina”, Fallos, 308:1109; ver Pizarro Ramón Daniel, “La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación (primeras reflexiones en torno a un fallo trascendente y a sus posibles proyecciones futuras” en LL 2004, Supl. Especial, “Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales, Tomo I, pág. 529; Leonardi de Herbón Hebe Mabel, “La regla *naeminem laedere* en el derecho constitucional”, en “La responsabilidad”, Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, Ed. Abeledo Perrot, pág. 90 y sgtes.).

En los dos últimos, la Corte reconoció expresamente que el derecho a la reparación del daño tiene jerarquía constitucional, con sustento, también, en el art. 19 de la Constitución Nacional: *“Los artículos 1109 y 1113 del Cód. Civil consagran al principio general establecido en el art. 19 CN que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes, **no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica**”* (considerando 14, el resaltado no es del original).

Pizarro (“La Corte...”, ob.cit., pág. 533), señala que las proyecciones de la doctrina sentada en “Aquino” son enormes, porque su aplicación conducirá a que las limitaciones indemnizatorias contenidas en diferentes normas especiales –por ej., Código Aeronáutico, ley de navegación, etc.-, **deban sortear, en el caso concreto, el test de constitucionalidad**. No duda de que el Congreso puede crear sistemas específicos de reparación y

separarlos del régimen general de responsabilidad por daños establecido en el Código Civil, y del principio de reparación plena, que a través del mismo, recepta la Constitución Nacional, pero como en toda limitación constitucional, regirá el test del art. 28 de la C.N.

“Si de la aplicación de los mentados parámetros normativos surge una clara desvirtuación del derecho a la reparación, fruto de la aplicación de topes o tarifas que terminan degradándolo, al otorgar una indemnización sensiblemente menguada, comparada con la que correspondería en caso de aplicarse las reglas ordinarias del derecho común –Código Civil- la tacha de inconstitucionalidad será evidente” (Mosset Iturraspe Jorge, “Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos (violatorios de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales”, en Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, 2001-1, pág. 125; en igual sentido, Pizarro Ramón Daniel, “Responsabilidad civil...”, ob. cit., págs. 514 y sgtes.).

Alterini destaca que la diligencia del sindicado como responsable debe operar como primer presupuesto de la aplicación de límites cuantitativos a su deber de reparar. Esa diligencia, en especial, resultará del cumplimiento de las medidas técnicas impuestas por la autoridad para prevenir el daño o, en caso de no haberlas, de las adecuadas a ese fin. *“Dicho de otra manera, quien causa el daño, pero sin embargo ha obrado diligentemente, tiene derecho a prevalerse de la limitación cuantitativa de su responsabilidad, pero quien actúa sin diligencia debe quedar sometido al régimen común, ajeno a ese modo de limitación”* (Alterini Atilio A., “La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil”, Ed. Abeledo Perrot, 1997, págs. 92 y 93).

La privación del beneficio en los casos en que no se ha sido diligente, no tiene otro efecto para el autor, que volver al régimen ordinario de responsabilidad, en el cual no existen límites cuantitativos. *“Me parece que, si ciertas conductas son pasibles de ser sancionadas con una pena civil, bien puede serle negada la limitación cuantitativa de su responsabilidad a quien ha obrado con desaprensión, desentendido de la diligencia apropiada para evitar el daño y, por lo tanto, del deber de actuar de manera que evite la lesión injusta de los intereses de los demás que impone la*

convivencia social... Por lo demás, y en cuanto a los daños a la persona, el derecho a obtener la indemnización plena –siquiera sea cuando el causante es doloso o culposo, o falta de diligencia- forma parte del derecho humano esencial a la integridad física” (Alterini, ob. cit., págs. 90 y 91, con cita en nota 175 de Pantaleón Prieto Fernando, “Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas”, ponencia citada por De Angel Yágüez Ricardo, “Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)”, Madrid, pág. 187).

El art. 163 del Código Aeronáutico aplicado al caso altera la esencia y viola los derechos constitucionales de la actora, especialmente el de igualdad, porque establece una discriminación legal, al fijar criterios indemnizatorios distintos –dentro del mismo sistema- entre quien es transportado gratuitamente por un servicio de transporte aéreo o no (art. 16 de la CN, art. 11 de la CPBA; art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; preámbulo, arts. 1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 2 del acto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 2 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); de propiedad (art. 17 CN; art. 31 de la CPBA; art. XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); y el derecho al pleno reconocimiento y efectividad de sus derechos civiles reconocidos por la Constitución y la ley, en especial los que hacen a su personalidad jurídica y su dignidad (arts. XVII y XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 3 de Convención Americana sobre Derechos Humanos).

La jerarquía constitucional de las normas internacionales incluidas en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y su directa operatividad, hace que prevalezcan sobre la legislación interna, que, en caso de conflicto, puede ser declarada inaplicable, o inconstitucional (Bidart Campos Germán, “Tratado Elemental de derecho constitucional argentino”, ob. cit., Tomo III, pág. 134 y sgtes.; “La naturaleza y valor jurídicos de la declaración de los derechos y deberes del hombre”, en ED-135-457; Hitters Juan Carlos, “La autoejecutividad del sistema americano de protección de derechos humanos”, en ED-136-976), teniendo en cuenta, además, que el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del año 1972 (ratificada por ley

19.865), establece que los estados parte no pueden invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Ello determina que se deba efectuar, aún de oficio el control de constitucionalidad y convencionalidad de la norma legal aplicada en la sentencia, porque *“la incorporación de los derechos fundamentales, en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la ilegalidad por parte de los poderes públicos. En efecto, la sujeción del juez ya no es, como en viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la constitución”* (Ferrajoli Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Ed. Trotta, Madrid, 2001, pág. 26, el resaltado me pertenece).

Cuando una regla de reconocimiento constitucional desde la supremacía de su Constitución “invita” a una fuente externa conformada por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos respetando su lógica de funcionamiento, el espacio normativo que sirve como parámetro de validez de las normas inferiores es habitado por el control de constitucionalidad (proveniente de una fuente interna) y el control de convencionalidad (proveniente de la fuente externa), pudiendo generarse tensiones estructurales sobre los alcances del control emergente de dicha regla (Gil Domínguez Andrés, “El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio: ¿una tensión difícil se superar?, en La Ley, 10-3-2010).

III.3.2.4: La doctrina clásica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el rechazo del control de constitucionalidad sin petición de parte, fue establecida en 1941 en “S.A. Ganadera Los Lagos” (Fallos:190:142 (1941); en 1946, en “Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Rodríguez” (Fallos: 204:671 (1946), la Corte rehusó declarar una inconstitucionalidad de oficio por violación del derecho de defensa. Esta doctrina y sus fundamentos –la autolimitación en el ejercicio del control por parte de la judicatura y la garantía de la defensa en juicio- se mantuvieron por sesenta años en el país.

A partir del retorno de la democracia, las primeras disidencias con esta postura se produjeron –si bien en una contienda de competencia positiva entre un juez de instrucción de Rosario y un juez de instrucción militar-, con el voto de los Dres. Fayt y Belluscio en la causa “Juzgado de Instrucción Militar N°50 de Rosario” (Fallos:306:303, en LL-1984-B-426), quienes las fundaron en que si bien es cierto que los jueces no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad en abstracto, fuera de una causa concreta *“de ello no se sigue la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho no de hecho”* (considerando 4). Se trata en consecuencia de que el juez debe suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erróneamente, incluido el deber de mantener la supremacía constitucional, deber que pesa, para este voto, sobre todos los jueces de la República (Gelli María Angélica, Gozáini Osvaldo y Sagüés Néstor P., “Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad”, en La Ley del 16-3-2011).

La sentencia dictada en “Mill de Pereyra Rita Aurora y otros c. Provincia de Corrientes” (Fallos:324:3219, en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 30-11-2001, en la que finalmente se estableció la constitucionalidad de la ley 23.928), fue un verdadero gozne en el control de oficio al considerar la procedencia constitucional de la declaración de inconstitucionalidad sin petición de parte.

En el voto de los Dres. Fayt y Belluscio se establecieron los requisitos de procedencia (considerandos 9 y 10), que, estimo se encuentran reunidos en autos:

a) que no exista ningún otro medio para la solución adecuada del conflicto;

b) que no se trate de una declaración de inconstitucionalidad en abstracto, sino en un caso o conflicto contencioso;

c) que produzca efecto en la causa específica y nada mas, pues esa declaración no tiene efecto derogatorio de la normativa en cuestión.

La doctrina de la pertinencia constitucional del control de oficio fue reiterada por la Corte, con otra integración, en “Banco Comercial de Finanzas” (Fallos: 327:3117), en el que aplicó el principio según el cual los jueces deben suplir el derecho no invocado o invocado de manera errónea por las partes (considerandos 2 y 3 de la mayoría de fundamentos integrada por los Jueces Belluscio, Fayt, Boggiano, Vázquez, Zaffaroni y Highton de Nolasco).

El criterio, según Gelli (ob. cit., Pág. 4), parece afianzado, pero no obstante, la Corte ha añadido un recaudo más a la admisión del control constitucional de oficio: el aseguramiento enfático del principio de congruencia, ligado de modo manifiesto al derecho de defensa y al derecho de propiedad. En los casos “Gómez Carlos Alberto c. Argercard” (Fallos:329:5903), y “Strangio Domingo” (Fallos S.1781.XLI del 12-5-2009), la mayoría del Tribunal (integrada por Lorenzetti, Fayt, Highton de Nolasco, Zaffaroni y Maqueda), sostuvo que ese principio es vulnerado por un Tribunal de Alzada si el juez de grado no se expidió acerca de la validez de las normas oficiosamente declaradas inconstitucionales –caso Strangio-, o se obtiene un resultado económico superior al pretendido por la parte que se benefició con la declaración de inconstitucionalidad de oficio –caso Gómez- (ver el análisis de las distintas posturas en la Corte, en Bianchi Alberto B., “¿Quién ha dicho que el control de oficio esta muerto?, en JA-2007-IV-1266; Vitantonio Marina, “La cuestión de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes” en La Ley del 19-6-2009, comentario a “Strangio”).

Ninguna de esas violaciones se presentan en el caso, por cuanto el Sr. Juez de primera instancia se pronunció sobre el régimen legal que consideraba aplicable – las normas del C.A. no fueron invocadas por la actora en la demanda (fs. 185 vta.), ni por Casalins al contestarla (fs. 305 vta.), sí por el codemandado Blanchod en su contestación (fs. 409 vta.)-, y tampoco se supera, como se verá, el resultado económico pretendido por la víctima.

La regla sentada en “Gómez” según la formulación que sugiere Gelli (ob. cit., Pág. 4) es: *“las expresas manifestaciones de una de las partes aceptando la norma cuya inconstitucionalidad se declaró en su favor, impide mantener*

esa inconstitucionalidad sin violar el principio de congruencia y de defensa de la otra parte y ello aunque el tribunal de grado haya emitido un precedente en aquel sentido" (considerandos 2 y 6 del voto de la mayoría, destaco que el actor no sólo no había solicitado la inconstitucionalidad de las normas sobre pesificación, sino que atendido a ellas reclamaba el cumplimiento de sus disposiciones), por lo que resulta inaplicable a este caso.

III.3.2.5: El empleo de la jurisprudencia internacional en la interpretación de las normas constitucionales –producido antes de la reforma de 1994-, abrió paso al control de convencionalidad, unido, desde entonces, a la interpretación y al control constitucional (consid. 21 del voto de la mayoría en "Ekmekdjian Miguel Angel c. Sofovich Gerardo y otros", Fallos:315:1492 (1992) en LL-1992-C-543).

Hablo de control de convencionalidad –en atención a la aludida violación entre otros, de los arts. 21 y 24 de la CADH-, porque *"de comprobar el juez local en un proceso sometido a su decisión la incompatibilidad de una norma interna de cualquier rango, tanto con la letra de la Convención como con la interpretación realizada por la Corte Interamericana, debe ex officio declararla "inconvencional" y abstenerse de aplicarla a los fines de asegurar el "efecto útil" de la carta internacional. De lo contrario se comprometería la responsabilidad internacional del estado"* (Monterisi Ricardo, "El derecho al recurso como garantía constitucional en el proceso civil", en La Ley on line-marzo de 2011; CIDH, "Caso Almonacid Arellano y ot. vs. Chile", 26-11-2006, Serie C, N°154, párraf. 124; "Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", 24-11-2006, Serie C, N°158, párraf. 128).

La CIDH en "Almonacid Arellano" estableció que los tribunales locales deben tener en cuenta en sus decisiones tanto el tratado como la interpretación que de éste haga el tribunal internacional (ver las distintas interpretaciones sobre su alcance en Sagüés Néstor P., "Dificultades operativas del "control de convencionalidad" en el sistema interamericano", en LL-2010-D-1245, y en Bianchi Alberto B. "Una reflexión sobre el "control de convencionalidad", en LL-2010-E-1090); y en "Trabajadores cesados del Congreso", consagró el control de convencionalidad de oficio al sostener que *"esta función –de control de convencionalidad- no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes"*, criterio que reiteró en "Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos" (23-11-2009, Serie C N°209, párrafo 339).

La aplicación de oficio del control de convencionalidad —que representa una manifestación de la observancia por los jueces locales de la jurisprudencia internacional- puede explicarse por “una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, que *“realza así la operatividad de la pauta de interpretación conforme a la CADH como estándar hermenéutico a respetar y resguardar por parte de los órganos jurisdiccionales vernáculos (incluso de oficio), dinámica en la que subyace la idea de retroalimentación del control de constitucionalidad y el control de convencionalidad”* (Bazán Víctor, “Inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión”, en LL-2009-E-1240, con cita en nota 43 de Jimena Quesada Luis, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en Revenga Sánchez Miguel (coordinador), “El Poder Judicial”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 495-544).

La mayoría de la Corte Nacional (integrada por Lorenzetti, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco), en el caso “Mazzeo” (M 2333 XLII del 13-7-2007), sostuvo que “... *el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete ‘ultimo de la Convención Americana’* (considerando 21 del voto de la mayoría; ver comentario en Gelli María Angélica, “El liderazgo institucional de la Corte Suprema y las perplejidades del caso “Mazzeo””, en La Ley, Buenos Aires del 7-12-2007).

Más tarde, en “Videla” (CSJN, V281 XLV del 31-8-2010, en LL-2010-E-198), reiteró que la jurisprudencia de la CIDH “*es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ‘ámbito de su competencia...*” (considerando 8), y agregó que más allá de las opiniones individuales sostenidas por sus integrantes, “... *el Tribunal viene sosteniendo desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza —la declaración de inconstitucionalidad- es susceptible de ser tomada de oficio*” (considerando 10, con cita de “Banco Comercial de Finanzas” como punto de partida del control sin petición de parte, y del precedente de la CIDH “Trabajadores cesados del Congreso”).

Considero que en estos fallos puede leerse una convalidación del control de constitucionalidad de oficio, vinculado al deber de

efectuar el control de convencionalidad para evitar la responsabilidad internacional del estado.

III.3.2.6: Idéntica postura advierto en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, desde “Correa Oscar c. Carboclor Industrias Químicas” (causa N°64.712 del 19-2-2002), dictada luego de que la Corte Nacional modificara su postura tradicional en “Mill de Pereyra”, en que los Sres. Jueces Hitters, De Lázzari, Pettigiani, Negri, y Ghione, por mayoría, se pronunciaron a favor de la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

En él destaco, además de las citas de profusa doctrina favorable a tal control y los lineamientos del voto del Dr. Ghione, que en el voto del Dr. Pettigiani se hace referencia a la garantía de ejercicio del derecho de defensa, si los litigantes han tenido oportunidad de ser oídos, ya sea, como sucedió en “Mill de Pereyra” en el remedio federal y su escrito de contestación, o con la deducción, en ese caso, del recurso de inaplicabilidad de ley (en igual sentido, Sagüés Néstor P, “ Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad”, con María Angélica Gelli y Osvaldo Gozaini, en La Ley del 16-3-2011).

La postura fue reiterada luego en la causa n°81.577, 81.577, "Guzmán Carlos Alfredo c. Ministerio de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires s. Indemnización por accidente de trabajo", sent. del 8-6-2005, en la que el Dr. Hitters desarrolla en su voto los antecedentes de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, y el Dr. Roncoroni al adherir manifiesta:

“Sin embargo, conocida es mi posición en cuanto a que si existe planteo de parte al respecto, el mismo debe bilateralizarse conforme el principio de contradicción, en salvaguarda del debido proceso adjetivo y el derecho de defensa en juicio (arts. 18 de la Constitución nacional; 15 de la local; 8 de la C.A.D.H. y 34 inc. 5º 'c' del C.P.C. C.), sin que ello implique que el planteo deba efectuarse con los escritos postulatorios

Ello así pues, en mi parecer, cualquier momento del proceso que permita la plena vigencia de aquel principio de bilateralidad de la acción es adecuado para introducir la cuestión.

*En ese andarivel de pensamiento encuentro que aún es oportuno su planteo cuando se lo hace al deducir recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, como en el presente caso, toda vez que si bien éste no se bilateraliza en la etapa de admisibilidad ante el tribunal a quo, **sí permite oír al recurrido en ocasión de la memoria prevista en el art. 284 del Código Procesal Civil y Comercial.***

*No debemos perder de vista que el control de constitucionalidad de una norma es una cuestión de derecho y que, por lo demás, en su caso, debe realizarlo el juez o tribunal de intervención aún de oficio (arts. 31, Constitución nacional; 3 y 57 de la local; doct. C.S.J.N. **in re**, "Mill de Pereyra", "Fallos", 324:3219 y "Banco Comercial de Finanzas", sent. del 19-VIII-2004, "La Ley", 30-VIII-2004), pues como he sostenido, **la Constitución no rige cuando alguien lo pide, sino siempre** (causa L. 77.727, "Vallini", sent. del 10-IX-2003, entre otras)" (el resaltado no es del original, en igual sentido, causa 83.781, "Zaniratto Mabel Beatriz c. Dirección General de Escuelas y Cultura de la Provincia de Buenos Aires s. Enfermedad accidente", sent. del 22-12-2004; causa L. 84.131, "Barreto Ricardo c. Dirección General de Cultura y Educación s. Enfermedad laboral", sent. del 8-6-2005).*

La doctrina sobre la declaración de inconstitucionalidad de oficio no cambió tampoco en la causa n°104.710, "F. H. J. s. Recurso de casación", del 25-8-2010, donde se estableció el recaudo de la oportunidad del planteo constitucional cuando ha sido efectuado por la parte, dejando a salvo "... la atribución de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de oficio de las normas respectivas cuando así corresponda" (votos de los Dres. Hitters y Genoud, en disidencia Dr. Negri, para quien el reclamo, aún tardío, debe ser atendido).

Ha sido ratificada en un reciente pronunciamiento en causa L. 97.573, "Pini Ana María c. Club Atlético Once Unidos s. Diferencias salariales", sent. del 23-11-2011, en la que los ministros Hitters, Pettigiani y Kogan adhieren al voto del Dr. De Lázzari, que sostiene:

“... tal como lo señalé en la causa "Onchalo" -L. 77.386, sent. del 6-VII-2003- en ocasión de emitir mi voto, el arduo debate en torno al control constitucional de oficio ha concluido a partir de la decisión de la Corte Suprema de la Nación recaída por mayoría en la causa "Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros c/ Provincia de Corrientes", del 27-IX-2001 (L.L., 2001-F-891), criterio ratificado fehacientemente en la causa "Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina s/ quiebra)" (B. 1160 XXXVI).

En efecto, ha terminado prevaleciendo el criterio según el cual: a) la declaración oficiosa de inconstitucionalidad no implica un avasallamiento del Poder Judicial sobre los demás poderes, pues dicha tarea es de la esencia de aquél, siendo una de sus funciones específicas la de controlar la constitucionalidad de la actividad desarrollada por el Ejecutivo y el Legislativo, a fin de mantener la supremacía de la Constitución; b) la presunción de validez de los actos estatales en general no se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio toda vez que, en tanto mera presunción que es, cede cuando los actos estatales contrarían una norma de jerarquía superior; c) finalmente, no cabe aducir quebrantamiento de la garantía de la defensa de la contraparte. El control de constitucionalidad constituye una cuestión de derecho que, en cuanto tal, puede ser resuelta por el juez mediante la facultad de suplir el derecho no invocado por las partes (iura novit curia). La aplicación de este principio incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (conf. Guillermo López, "El control de constitucionalidad de oficio", "La Ley", supl. del 28-X-2002, pág. 1 y sgts.; Alberto Bianchi, "¿Se ha admitido finalmente el control constitucional de oficio?" en "La Ley", supl. del 5-XII-2001, pág. 6 y sgts.; Claudio Gómez, "Control de constitucionalidad de oficio en la C.S.J.N.", "La Ley", supl. de Derecho Constitucional, 2-XII-2002, p. 24 y sgts.; Ana M. Bestard, "El caso Mill de Pereyra y la declaración de inconstitucionalidad de oficio", "La Ley", supl. de Derecho Constitucional, 30-XI-2001, p. 16 y sgts.).

b) Despejada la aptitud del judicante para declarar la inconstitucionalidad de oficio, ingresando al fondo de la cuestión..." (los Dres. Hitters y Kogan adhieren haciendo referencia a "Zaniratto", ya citada).

En virtud de lo expuesto propondré al Acuerdo que se declare de oficio la inconstitucionalidad de la norma limitativa por resultar –en el caso- vejatoria de los derechos constitucionalmente garantizados de la actora.

III.4: Corresponde ahora analizar el cuarto agravio, relativo a los montos indemnizatorios.

i) El planteo relativo al lucro cesante futuro no resulta viable.

No hay – a mi juicio y desde la perspectiva del daño material – una diferencia esencial entre el lucro cesante y la incapacidad temporaria o definitiva, desde que ambos están dirigidos a cubrir el dinero que la víctima no pudo o no podrá generar por su estado derivado del hecho dañoso.

El sentenciante receptó en su totalidad el reclamo por incapacidad sobreviviente (fs. 1352), y parcialmente el de lucro cesante (fs. 1352 vta.), estableciendo que el futuro “forma parte de la ponderación del rubro incapacidad sobreviviente”.

A fs. 1445 el apelante solicitó la modificación del término que debe computarse, desde la fecha del hecho dañoso hasta el 11-8-2013 en que la actora estará en condiciones de jubilarse, cuestionando el de veintidós (22) meses establecido por el sentenciante – que fue el período reclamado en la demanda a fs. 179-.

No encuentro razones para apartarme del meduloso análisis efectuado en el tratamiento del rubro, con cita a fs. 1348 vta. de Matilde Zavala de González, quien indica que *“en ambos casos nos hallamos ante un lucro cesante, sólo que en la primera hipótesis éste se conecta con la etapa terapéutica y hasta el momento del restablecimiento, y en la segunda se atiende a secuelas no corregibles sino luego de un mayor plazo (incapacidad transitoria), o bien no subsanables en modo alguno (incapacidad definitiva)”* (“Resarcimiento de daños”, Tomo 2 a, edit. Hammurabi, pág. 295, Bs.As., 2005; en igual sentido, esta Sala, Expte. N°133.387, “Lescano Pabla c. Escariz Hugo s. Daños y perjuicios”, sent. del 2-11-2011, R 249 (S) F°1276/80).

Independientemente de que el planteo sobre el término por el que se reclama el rubro fue introducido en esta instancia (art. 272 del CPCC),

resulta evidente la superposición de reclamos existente, por lo que el agravio debe ser rechazado.

ii) En cuanto al monto fijado por daño moral (\$24.000, fs. 1354 vta., en la demanda se reclamaron \$100.000 a fs. 181), entiendo que no satisface adecuadamente el crédito a la reparación.

Si bien se ha dicho reiteradamente que la fijación del monto de la reparación del daño moral siempre queda, en última instancia, librada al prudente arbitrio judicial, no es menos cierto que en la actualidad tiene mayor aplicación la tendencia que obliga a indicar, en la sentencia, las pautas objetivas que permitieron arribar a la suma de condena (Zavala de González, Matilde “Resarcimiento de Daños”, Tomo 5 a, “Cuanto por daño moral”, Ed. Hammurabi, pág. 80 y sgtes.; en igual sentido, Viramonte Carlos y Pizarro Ramón Daniel, “Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: el caso L.Q.”, en La Ley Córdoba 2007, junio, pág. 465, con cita de CSJN, sent. del 4-10-1994, en JA-1995-II-19, y 10-11-1992, en JA-1994-I-159; Peyrano Jorge W., “De la tarificación judicial “iuris tantum” del daño moral”, en JA-1993-I-877; esta Sala, Expte. N°142.767, “Salazar Bustos Silvia c. Colavita Mauricio y ot. s. Daños y perjuicios”, sent. del 8-10-2009, R 876 (S) F°4778/86).

Teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon el hecho, las partes del cuerpo afectadas (ver pericia médica de fs. 1216, evaluación traumatológica de fs. 1011), la afectación psíquica descrita en la pericia pertinente (fs. 1086-1089 y explicaciones de fs. 1164), la edad de la víctima, las constancias de las Historias Clínicas del H.I.G.A. (fs. 976) y del Hospital Privado de Comunidad (fs. 768), estimo que debe hacerse lugar íntegramente al agravio de la actora, y elevar el monto indemnizatorio a la suma de pesos cien mil (\$100.000).

iii) También le asiste razón al apelante respecto del daño futuro por el costo del tratamiento psicológico aconsejado en la pericia de fs. 1086-1087 en respuesta a la pregunta 3, dos veces semanales durante dieciocho meses aproximadamente, a \$21 por sesión individual (fs. 1087-1087 vta.), no así respecto a la duración del tratamiento, que estima —en esta instancia— debe ser de

cinco años, sin que tal plazo surja de ninguna indicación médica obrante en el expediente.

Dieciocho meses a razón de dos sesiones semanales, importan cerca de 144 sesiones al restar feriados y vacaciones.

Dado que, como señalé, el valor de la reparación debe fijarse en la fecha más próxima a la sentencia (Alterini Atilio, Ameal Oscar y López Cabana Roberto, ob. cit., pág. 277), el monto máximo de pesos cincuenta (\$ 50) por sesión se compadece mejor con los precios actuales que el fijado a la fecha de la pericia (\$.21 al 4-6-2002), razón por la cual, y como daño futuro propongo que se incremente la suma fijada en pesos cuatro mil ciento setenta y seis (\$. 4.176), llevando el total por el rubro a pesos siete mil doscientos (\$.7200).

En virtud de lo expuesto, propondré que se recepte parcialmente el agravio, y se eleve la suma de condena en pesos ochenta mil ciento setenta y seis (\$.80.176), llevándola a la cantidad de pesos ciento sesenta y siete mil ochocientos cuarenta con cincuenta centavos (\$.167.840,50), con más los intereses fijados en primera instancia.

ASI LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

Considero que corresponde: I) Rechazar el recurso de apelación deducido por Marcelo Blanchod a fs. 1362. II) Declarar la inconstitucionalidad de la limitación cuantitativa de responsabilidad contenida en el art. 163 del Código Aeronáutico. III) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora, y modificar la sentencia de primera instancia, incrementando el monto de condena hasta la suma de pesos ciento sesenta y

siete mil ochocientos cuarenta con cincuenta centavos (\$167.840,50), con más los intereses en ella fijados. IV) Imponer las costas por los trabajos realizados en esta instancia a los demandados vencidos (art. 68 del CPCC). IV) Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 51 de la ley 8904.

ASÍ LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

SENTENCIA

En virtud de los fundamentos vertidos en el Acuerdo que antecede se dicta la siguiente sentencia: **I:** Se rechaza el recurso de apelación deducido por Marcelo Blanchod a fs. 1362. **II:** Se declara inconstitucional la limitación cuantitativa de responsabilidad contenida en el art. 163 del Código Aeronáutico. **III:** Se hace lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora y se modifica en la sentencia de primera instancia, incrementando el monto de condena hasta la suma de pesos ciento sesenta y siete mil ochocientos cuarenta con cincuenta centavos (\$167.840,50), con más los intereses en ella fijados. **IV:** Las costas por los trabajos realizados en esta instancia se imponen a los demandados vencidos (art. 68 del CPCC). **V:** Se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 51 de la ley 8904. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 inc. 12 del CPCC). Devuélvase.

Roberto J. Loustaunau

Ricardo D. Monterisi

Alexis Ferrairone
Secretario

