



Poder Judicial de la Nación

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

Sala D

En Buenos Aires, a 17 de mayo de 2022, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa “**B., M. P. y otro c/ MATERCELL S.A. s/ ORDINARIO**”, registro n° 22.863/2017, procedente del JUZGADO N° 28 del fuero (SECRETARIA N° 55), en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Heredia, Garibotto y Vassallo.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, doctor Heredia dijo:

1º) La sentencia de primera instancia juzgó responsable a Matercell S.A. por incumplimiento del “*Contrato de prestación de servicios para el almacenamiento de células obtenidas de la sangre remanente del cordón umbilical/placenta luego de ocurrido el parto*” que suscribió con D. H. S. y M. P. B. y, en consecuencia, admitió la demanda promovida por estos últimos, por sí y en representación de su primogénito M. S. B., condenando a aquella al pago de una indemnización por daño moral en favor del matrimonio actor, y de otra por pérdida de la chance en favor del referido menor y de su madre.

La decisión rechazó, empero, en cuanto aquí interesa, la reparación del daño moral reclamado en nombre de M. S. B. por entender que “...no puede considerarse que un niño recién nacido haya soportado padecimientos encuadrables en el concepto de daño moral como consecuencia del incumplimiento...”.

La condena fue cargada con intereses y con las costas del juicio.

Fecha de firma: 17/05/2022

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#29759585#327548473#20220516152104259

2º) Contra el reseñado fallo apelaron los actores y la demandada.

Los primeros se agraviaron por el rechazo de la indemnización del daño moral reclamado en favor de M. S. B.; por el monto asignado a la reparación de la chance perdida por la madre y su hijo; y por el punto de arranque de los intereses que corresponden a cada capítulo indemnizatorio (escrito de expresión de agravios del 30/11/2021).

De su lado, Matercerll S.A. cuestionó la imputación de responsabilidad de la que fue beneficiaria bajo el argumento de que hubo de parte de los actores omisiones que incidieron causalmente y de modo exclusivo en la provocación del daño. Con tal alcance, solicitó se declare la “...nulidad de la sentencia y se la revoque in integrum...”. En subsidio, pidió que las referidas omisiones se computasen como expresivas de una culpa concurrente, que se rechacen los rubros indemnizatorios o que, en su caso, se los reduzca “...al mínimo...”. (escrito de expresión de agravios del 9/12/2021).

Cada parte respondió las críticas de su adversaria (escritos presentados el 16/12/2021 -demandada- y 27/12/2021 –actores-).

La Defensoría Pública de Menores e Incapaces tomó intervención el 16/3/2022 solicitando la admisión del recurso de la parte actora y el rechazo del articulado por la demandada.

El Ministerio Público Fiscal dictaminó el 22/3/2022 propiciando la confirmación del fallo apelado.

3º) Evidentes razones de orden lógico en la exposición fuerzan a comenzar por el tratamiento del pedido de nulidad de sentencia que la demandada postula en su memorial con base en los mismos agravios de que se sirve para simultáneamente solicitar su revocación.

Lo requerido no puede ser admitido.

En el régimen instituido por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 253) la admisibilidad del pedido de nulidad de un pronunciamiento se halla circunscripta a las impugnaciones dirigidas contra los vicios que pudieron afectarlo por haber sido dictado sin guardar las formas y solemnidades prescriptas por la ley, es decir, por vicios formales en la sentencia misma.



Pues bien, los defectos que postula la apelación no constituyen vicios formales de la sentencia sino, en rigor, vicios *in iudicando* que, como tales, no son susceptibles de reparación mediante el recurso de nulidad, sino a través del recurso de apelación (conf. CNCom., Sala D, 30/10/2006, “Yankelevich, Romina c/ Editorial Perfil S.A.”; íd., 3/5/2007, “Ramos, Américo Ramón c/ Caja de Seguros de Vida S.A. s/ ordinario”; íd., 4/2/2008, “Diseños y Construcciones S.A. c/ Banco Sudameris Argentina S.A. s/ ordinario”; íd., 5/6/2013, “Brother Int. Corp. de Argentina S.R.L. c/ Aerocargas Argentina S.A. y otro s/ ordinario”; íd., 7/10/2014, “Fortaleza de la Frontera S.A. c/ Renault Argentina S.A. s/ ordinario”; etc.; Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Santa Fe, 1992, t. 6, p. 197).

En efecto, lo cuestionado es, en última instancia, no la validez del fallo sino su justicia (conf. Highton, E. y Areán, B., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, concordado con los códigos procesales – análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, 2005, t. 4, p. 913, n° 5), la cual puede ser alcanzada, de corresponder, procediéndose a la modificación del decisorio antes que a su anulación (conf. Fenochietto, E. y Arazi, R., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado*, Buenos Aires, 1993, t. 1, p. 890, n° 2; Maurino, A., *Nulidades procesales*, Buenos Aires, 1982, p. 183, n° 152).

Consiguientemente, como se dijo, el pedido de nulidad impetrado debe ser rechazado.

4º) No mejor suerte habrá de correr, lo adelanto, el recurso de apelación de la demandada en lo que hace al fondo del asunto.

Veamos.

(a) Matercell S.A. es un biobanco privado que concentra, criopreserva y almacena las células progenitoras hematopoyéticas, también llamadas “células madre”, provenientes de la sangre fetal placentaria y del cordón umbilical obtenidas en el nacimiento de personas humanas.

Con relación a dicho biobanco privado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto –mediante remisión al dictamen de la Procuración General de



la Nación- que “...la regulación de la actividad de los establecimientos privados -como en el sub lite Matercell S.A.- que conservan (...) unidades con fines autólogos es aquella que la Ley de Sangre establece para la autoreserva de sangre -las normas del depósito regular del Código Civil- más allá, también, de lo que técnica y administrativamente fije la autoridad de aplicación, o sea el Ministerio de Salud...” (conf. CSJN, 22/5/2012, “C., M. E. y otros c/ Estado Nacional –INCUCAI- s/ amparo ley 16.986”).

En otras palabras, el Alto Tribunal estableció que lo dispuesto por el art. 55 de la Ley de Sangre n° 22.990 respecto de la custodia de autoreserva de sangre (“...La relación existente entre el dador-paciente y el establecimiento o ente responsable de la guarda de su sangre y/o componentes dentro del término de período útil de la sangre, se regirá de acuerdo a lo establecido en el Código Civil para la figura del depósito regular...”), se aplica *mutatis mutandi* a los biobancos privados de células madre de sangre de cordón umbilical y placenta.

Por cierto, la posibilidad de aplicar las normas del depósito regular a los contratos de almacenamiento de células obtenidas de la sangre remanente del cordón umbilical o placenta, no ha sido descartada por ninguna norma posterior.

En tal sentido, la Ley de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos n° 24.193, modificada por la ley 26.066, que estaba vigente al tiempo de los hechos del caso (normativa esta última que, para alguna doctrina, debía tenerse en cuenta y armonizarse con las disposiciones de ley 22.990 y normas reglamentarias; conf. Lafferriere, J. y Raskovsky, M., *Las células madre de cordón umbilical y la regulación de los biobancos en un fallo de la Corte Suprema*, DJ 24/9/2014, p. 7), nada dijo en contra de la aplicación del marco legal citado atinente al depósito regular. Asimismo, la vigente ley 27.447 sobre “Trasplante de Órganos, Tejidos y Células” observó el mismo silencio, pese a que a diferencia de su antecesora, ahora sí reconoce como objeto de regulación a “...La extracción de órganos, tejidos y células con fines de trasplante entre personas relacionadas...” (art. 21), estableciendo lo atinente al consentimiento en la donación de células progenitoras hematopoyéticas (art. 26) y declarando, entre otros aspectos, que “...Las instituciones en las que desarrollen su actividad



trasplantológica los médicos o equipos de salud, son responsables en cuanto a los alcances...” de la actividad fijados en la propia ley 27.447 (art. 11).

Por consiguiente, a mi juicio, para definir cuáles son las obligaciones que pesaron sobre Matercell S.A. respecto de los actores corresponde acudir, como lo ha resuelto la Corte Federal, a las normas de derecho privado atinentes al contrato de depósito regular. Sin perjuicio de esto último, cabe también atender a lo que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes pudieron especialmente pactar (art. 962, CCyC) y, claro está, todo ello sin perder de vista el régimen tutelar del derecho del consumo pues, indudablemente, se está en presencia de un contrato cuyo destinatario final es el prestatario, identificado en el contrato respectivo como el niño naciente (cláusula 1^a) y su grupo familiar, esto es, particularmente sus progenitores (art. 1093, CCyC).

(b) En el contrato que Matercell S.A. (prestador) suscribió con el matrimonio S.-B. (prestatario) fue pactado, en cuanto aquí interesa, lo siguiente: I) que la recolección de la muestra no era responsabilidad del prestador (cláusula 4.1); II) que el prestador se comprometía a comunicarse, dentro de las 72 hs. hábiles posteriores a la firma del contrato, con el obstetra designado por la madre a los efectos de comunicarle a dicho profesional la decisión de esta última de recolectar la muestra y ofrecerle asesoramiento o asistencia para llevar a cabo tal cometido (cláusula 4.2); III) que Matercell S.A. podría designar un asistente de recolección para que se encuentre en el momento del nacimiento, con la finalidad de colaborar con el médico actuante y/o su equipo en la obtención de la muestra (cláusula 4.3); IV) que una vez recolectada la muestra y guardada en la caja del kit, debidamente sellada, debía ser entregada al prestatario o a quien éste designe, quien sería responsable de su entrega en el laboratorio indicado por el prestador, en el más corto tiempo posible (cláusula 5.1) (fs. 6/9, reservadas).

(c) Independientemente de lo anterior, la página web de Matercell S.A. ofrece un link denominado “Preguntas Frecuentes” sobre el servicio prestado. Las preguntas y sus correspondientes respuestas se encuentran copiadas en fs. 15/19 y la propia demandada ha hecho mérito de ellas para su defensa (fs. 105 vta.), por lo que no es dudoso que las precisiones formuladas por esa vía deben entenderse incluidas en el contrato y obligan a la prestadora (art. 1103, CCyC).



En cuanto aquí concierne, pues, se destacan las siguientes precisiones: I) que Matercerll S.A. se obligaba a tomar contacto con el obstetra designado y/o su equipo para proporcionarle la información necesaria a fin de llevar a cabo una exitosa recolección; que si el obstetra no quisiera hacerse cargo de la extracción “...nosotros podremos enviar a algún integrante de nuestro equipo, siempre que seamos avisados con un tiempo de antelación razonable antes del parto o cesárea...”; y que “...Matercell cuenta con profesionales altamente capacitados, que concurren a la recolección de ser requerido por el paciente o su obstetra...” (respuesta 6ª, fs. 15 vta., reservada); y II) que la demandada ponía a disposición, indicándolos por su número, dos teléfonos celulares “de urgencia” operativos “las 24 hs.” (fs. 17, reservada).

(d) La interpretación que debe darse de las obligaciones reseñadas que fueron asumidas por Matercerll S.A., no puede ser disociada de la especial naturaleza del contrato de que se trata y de su carácter.

En tal sentido, si como regla el depósito es un contrato de confianza pues, precisamente, lleva implícito un acto de confianza del depositante en el depositario (conf. Borda, G., *Tratado de Derecho Civil – Contratos*, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 594, n° 2010; Belluscio, A. y Zannoni, E., *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, 2004, t. 9, p. 809, n° 3; Alterini, J., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado – Tratado Exegético*, Buenos Aires, 2015, t. VI, ps. 862/863), con mayor razón lo es cuando el objeto contractual está representado por la recolección y conservación de material orgánico que podría servir para el futuro tratamiento de la salud del contratante o su grupo familiar.

Es más: el contrato de que se trata, además que de confianza (calificable incluso como extrema), se presenta como *intuitus personae* pues la persona del depositario, sus calidades, aptitudes técnicas y especial pericia, no han sido elementos de juicio irrelevantes para el depositante sino, por el contrario, decisivos a la hora de establecer el vínculo contractual, suponiéndose ínsita una colaboración, en la que el elemento “confianza personal” adquiere una importancia especial (conf. Messineo, F., *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires, 1952, t. II, p. 179, n° 16).

Fecha de firma: 17/05/2022

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#29759585#327548473#20220516152104259

Con lo que va dicho, pues, que la interpretación del alcance de las obligaciones asumidas por Matercell S.A. debe proteger esa confianza esperada (art. 1067, CCyC) y, en su caso, la valoración de su conducta para establecer si hubo o no responsabilidad suya por razón de incumplimientos, también debe mirar tal confianza especial, teniendo en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes (art. 1725, segundo párrafo, CCyC; López Miró, H., *El principio de confianza o la legítima expectativa en el derecho médico*, LLBA, 2014 [junio], p. 527; Picasso, S. y Sáenz, L., *Tratado de derecho de daños*, Buenos Aires, 2019, t. I, ps. 534/535; Alterini, J., ob. cit., t. VIII, p. 109, n° 2).

(e) La sentencia apelada señaló como primer incumplimiento de la demandada la falta de entrega del kit de recolección mencionado en la cláusula 5.1 del contrato. En tal sentido, negó que dicha entrega pudiera tenerse por probada a partir de la reservada constancia de fs. 11 pues no resulta de ella las firmas ológrafas de D. H. S. y M. P. B., sino que se trata de una impresión escaneada. Asimismo, contra lo invocado por la demandada, destacó como un hecho no acreditado por esta última que los distintos nosocomios tuvieran el referido kit de recolección como insumo suministrado para casos de urgencia, y que de acuerdo a lo previsto por el art. 53 de la ley 24.240 tampoco había presentado esa parte un recibo firmado por los actores (considerando 3.1).

En la exposición de sus agravios, no controvierte Matercell S.A. las específicas razones que llevaron en la instancia anterior a declarar la ineficacia probatoria del instrumento de fs. 11. Tampoco hay un particular cuestionamiento suyo referente a las restantes acusadas omisiones probatorias de su parte. Antes bien, la lectura del memorial muestra que la demandada pretende eximir su responsabilidad en cuanto a una entrega tempestiva de tal kit, sea invocando omisiones de terceros (ausencia de contacto previo del obstetra designado por la señora Bruno, como del médico que lo sustituyó en el parto), sea imputando una conducta no apropiada a los demandantes quienes, afirma, desde el inicio de la crisis de parto omitieron establecer un adecuado contacto telefónicamente para solicitar que una persona de la empresa concurriera a asistirlos o se comunicara



con el galeno tratante para imponerlo de las diligencias que tenía que cumplir, con o sin el kit de recolección.

En rigor, la defensa de la demandada es tan sinuosa como indebida.

En efecto, al resistir la acción afirmó Matercell S.A. que había entregado el kit de recolección el mismo día de la firma del contrato (fs. 104), pero descartada por la sentencia la prueba de esa afirmación y sin atacar los fundamentos del fallo, dicha parte optó ante esta alzada por cambiar la versión, pues ahora alega, ya sin negar la falta de entrega, que hubo una omisión de terceros o bien inoperancia de los actores en orden a posibilitar la recogida de la sangre fetal.

Para comenzar, cabe observar que al momento de contratar la señora M. P. B. designó al obstetra, doctor F. T. para que llevase a cabo recolección. Así lo precisó M. F. B., empleada de Matercell S.A., al declarar como testigo ofrecida por esta última (fs. 405, repregunta 5ª).

Esa comprobada circunstancia permite afirmar, como necesaria consecuencia, que dentro de las 72 hs. hábiles posteriores a la firma del contrato, debió la demandada comunicarse con dicho médico, ofreciéndole asesoramiento o asistencia para llevar a cabo la recogida de la sangre fetal (cláusula 4.2).

Sin embargo, el obstetra asentó en el resumen de historia clínica que lleva su firma y de cuya eficacia probatoria no cabe dudar, que “...*ni durante el seguimiento del embarazo, ni con posterioridad a la finalización del mismo, ninguna empresa de recolección de células madre tomó contacto con los profesionales actuantes (Dres. Tami y Vega)...*” (fs. 19, reservada; oficio de fs. 195 y ss.; y providencia del 23/3/2021, punto 4º).

En tales condiciones, si la propia Matercell S.A. no cumplió con la citada obligación contractual, para lo cual tuvo tiempo suficiente (los actores pagaron la factura del servicio el 1/12/2015 -fs. 12, reservada- y el parto tuvo lugar el 20/12/2015), mal puede aquélla reprochar a terceros su propia omisión, pues es muy claro que si ese contacto a su cargo hubiese sido cumplido habría, cuanto menos, facilitado la entrega del kit de recolección, material este último que, casi innecesario es decirlo, sólo la propia demandada podía suministrar para posibilitar la correcta ejecución de lo previsto en la cláusula 5.1 del contrato.

Fecha de firma: 17/05/2022

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#29759585#327548473#20220516152104259

De su lado, la alegación de haber actuado los demandantes de manera desajustada a las circunstancias omitiendo llamar telefónicamente para que personal de Matercell S.A. concurriera a asistirlos o se comunicara con el médico interviniente, da cuenta de una inaceptable tergiversación de las cosas como seguidamente lo explico.

(f) Al contestar la demanda, negó Matercell S.A. que los actores la hubiesen llamado telefónicamente de urgencia el día del parto (fs. 98 vta., puntos 34 y 35) y que, en todo caso, si tales llamados existieron no llegaron a destino ni lo fueron con anticipación suficiente (fs. 105 vta.).

La prueba, empero, demostró otra cosa.

Como bien lo observó el fallo recurrido, el señor Daniel H. Sobrero llamó quince veces a los teléfonos de urgencias indicados por la demandada.

Lo hizo ocho veces entre las 02:43 y 02:48 hs., y siete veces entre las 03:07 hs. y las 03:20 hs., del día 20/12/2015, mientras su esposa era atendida, precisamente, de urgencia (conf. informe de AMX Argentina S.A., fs. 347).

Fue acreditado, además, que en los mismos rangos horarios la demandada originó cinco (5) llamadas desde una de las líneas propias indicadas para urgencias (15-5044-6033; fs. 17, reservada) y con destino al mismo celular del actor desde el cual se habían hecho las quince antes referidas (conf. informe de Movistar-Telefónica de fs. 385/386).

En otras palabras, contra lo expresado en el responde de la demanda, las llamadas del actor sí existieron y llegaron a destino, prueba elocuente de lo cual fueron las respuestas cursadas en los mismos rangos horarios desde el teléfono de urgencias de la demandada.

Del cúmulo de llamadas entrantes y salientes que resultó acreditado, la ya citada testigo María F. Bucello, solo reconoció la existencia de una (fs. 404 vta., respuesta 9ª), lo cual no deja de ser llamativo frente a la completa memoria que mostró la declarante para dar otras respuestas. Como sea, en tal única llamada reconocida como recibida, el contacto que la testigo tuvo con el señor Daniel H. Sobrero fue suficiente para quedar anoticiada de que su esposa y él mismo se hallaban en el Sanatorio Otamendi, obviamente aquella en situación de dar a luz (fs. 404 vta., respuesta 11ª). Puede presumirse con certidumbre que esa



reconocida llamada fue la que tuvo lugar a las 02.48hs., desde que fue la más prolongada (60 segundos; fs. 347) y que en las otras, teniendo en cuenta la escasa duración de cada una, no fue posible un intercambio comunicacional fluido. Pero, se insiste, cuanto menos a las 02.48 hs. la demandada ya estaba anoticiada de la presencia del matrimonio S.-B. al indicado nosocomio, para no otra cosa que esperar el alumbramiento de su hijo.

Tal alumbramiento tuvo lugar, por cesárea de urgencia, a las 03.28 hs. (fs. 462 y 463).

De tal suerte, entre el momento en que Matercell S.A. tomó conocimiento de la situación y la hora del nacimiento del niño, pasaron 40 minutos sin que dicha empresa adoptase una diligencia consistente con el caso de urgencia planteado, pues ciertamente no puede calificarse de tal la tardía comunicación que dijo haber establecido la testigo Bucello con una enfermera del Sanatorio Otamendi cuando ya había concluido la cesárea (fs. 404 vta., respuesta 11^a).

(g) A esta altura y con relación a lo anterior, no es ocioso tener presente que el carácter saliente de la buena fe en el plano de la ejecución contractual determina que no está ella circunscripta al cumplimiento de los actos singulares del contrato, sino que abarca por entero el comportamiento de las partes referente a la realización de las prestaciones comprometidas, considerado tal comportamiento en su intrínseca coherencia como actitud de cooperación mutuamente debida (conf. Betti, E., *Teoría general de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, t. I, p. 108). De tal modo, la colaboración de un contratante puesta al servicio del cumplimiento del otro contratante, se entiende como un deber basado en la buena fe en el desarrollo de los distintos pasos del programa de cumplimiento, ya que, ciertamente, en las relaciones obligatorias lo que se exige es una actitud positiva de cooperación, una actitud a favor del interés ajeno, y la “bona fides” consiste, por ello, en un criterio de conducta inspirado por el interés de la otra parte; conducta dirigida al cumplimiento positivo de la expectativa de cooperación de una hacia la otra (conf. Betti, E., *ob. cit.*, t. I, p. 86; CNCom., Sala D, 19/11/2013, “Transporte JC S.R.L. c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A. s/ ordinario”).



(h) Tengo para mí, pues, por las razones antes expuestas, que la demandada Matercell S.A. faltó al apuntado deber de colaboración contractual, pues anoticiada del ingreso del matrimonio S. B. al Sanatorio Otamendi, razones de evidente cooperación en el cumplimiento del programa contractual la obligaban, incluso en caso de duda, a constituir a su personal en el referido nosocomio y no contentarse con meros y tardíos llamados telefónicos.

Tuvo al menos 40 minutos para ello y no se diga que era algo “...de cumplimiento imposible...” como se afirma en el memorial de agravios, pues el domicilio de la demandada se ubica en la calle Gallo 1228, es decir, a menos de nueve cuadras de distancia del recordado sanatorio que a pie pueden transitarse en muy pocos minutos.

Una actitud diligente, consustanciada con la naturaleza del acto debido y acorde a las condiciones particulares de tiempo, modo y lugar, era lo esperable de Matercell S.A., pero no la hubo. Lo cual es sentidamente reprochable al relacionarse con el cumplimiento de una obligación de guarda que la estructura empresarial de la demandada bien pudo facilitar para asegurar la recepción de un material evidentemente sensible (conf. doctrina de la CNCom., Sala D, 28/6/2016, “Meditec Argentina S.R.L. c/ Congregación Hijas de San Camilo s/ ordinario”, voto del juez Vassallo), sin que Matercell S.A. pueda excusarse invocando la cláusula 4.1 del contrato según la cual se desligaba de toda responsabilidad respecto de la recolección de la muestra, ya que tal estipulación fue declarada abusiva en la instancia anterior en los términos del art. 37, inc. 1º, de la ley 24.240, sin que ello provocase agravio alguno para su tratamiento por este tribunal de revisión (véase el considerado 3.1.2 del fallo apelado).

(i) La demandada intenta desviar la atención del problema central que plantea el *sub examine* alegando que la ausencia de un intercambio comunicacional fluido por vía telefónica fue lo que contribuyó a su no positivo desenlace, y que ello fue consecuencia de la “mala señal” que había en el lugar donde se hallaba el señor Daniel H. Sobrero.

Pero hete aquí que no hay prueba de semejante particularidad y que, a todo evento, tampoco es desechable como posibilidad que hayan sido los teléfonos de la demandada los que no tenían una buena señal.



En su caso, lo único que sí es claro es que habiendo Matercell S.A. impuesto contractualmente que el requerimiento del servicio de “urgencia” habría de ser canalizado por el prestatario a números de telefonía celular por ella indicados, los riesgos correspondientes a una eventual falta de comunicación no pueden ser asumidos por aquél en tanto consumidor, sino que debe correr a cargo de quien como proveedora -obligada en los términos de la ley 24.240- así lo determinó eligiendo tal medio de comunicación (arg. art. 1095, CCyC).

(j) Desde ya, nada cabe reprochar a la parte actora en cuanto al tiempo en que sus llamados telefónicos fueron hechos.

Al respecto, la afirmación de que los actores no se comunicaron con anticipación suficiente para posibilitar la concurrencia al parto del personal de Matercell S.A., además de constituir una alegación alejada del trato digno que legalmente debe darse a todo consumidor ya que parece exigir de aquellos facultades adivinatorias acerca del momento preciso del alumbramiento (art. 1097, CCyC, y art. 8 bis de la ley 24.240), se contrapone en esencia con la prestación específicamente comprometida, esto es, que la demandada prestaría sus servicios incluso en el caso de una urgencia.

Y con relación a esto último, necesario es decirlo, no se entiende cuál es el sentido de ofrecer un programa de cumplimiento contractual que cubre también las urgencias, si después se alega falta de tempestividad en comunicarlas. Las urgencias son urgencias, y resulta evidente que la presencia de una supone cierto estrechamiento de los márgenes temporales de actuación, lo cual en la especie la demandada indudablemente asumió como posible factor condicionante de su propia conducta, determinante de su eventual diligencia y de su riesgo contractual para cubrir el cual cobró un precio, sin que ahora pueda por ello mismo desentenderse de lo ocurrido.

(k) Sin que sea necesario abundar en otros aspectos mencionados en la apelación de la demandada, ya que los jueces únicamente deben prestar atención a aquello que estimen pertinente para la correcta composición del litigio (conf. CSJN, Fallos 258:304; 262:222; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970; etc.), juzgo en síntesis que la demandada efectivamente incumplió las obligaciones asumidas, frustrando la confianza con la que contrataron los actores.

Fecha de firma: 17/05/2022

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#29759585#327548473#20220516152104259

Por consiguiente, y puesto que no hay elementos de juicio que permitan entender que la conducta de los actores haya tenido alguna influencia causal en el daño producido, lo que descarta el pedido de distribución paritaria de las responsabilidades que subsidiariamente propuso Matercell S.A., corresponde sin más rechazar su apelación en cuanto al fondo del asunto.

5º) Las brevísimas consideraciones que Matercell S.A. expone en su memorial con relación a los rubros indemnizatorios (capítulos IV y V), no representan una crítica concreta y razonada del fallo apelado en tales aspectos, por lo que procede estar a lo dispuesto por el art. 266 del Código Procesal.

Bien sabido es, en efecto, que por imperio del art. 265 del Código Procesal, la expresión de agravios debe constituir una crítica frontal, concreta y argumentada que trate de demostrar los errores que se le atribuyen al pronunciamiento recurrido en lo fáctico o en lo jurídico (conf. Colombo, C., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado*, Buenos Aires, 1975, t. I, p. 445; Kielmanovich, J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2005, t. I, p. 446 y ss.). De tal suerte, la mera discrepancia o disconformidad con la solución, sin aportar razones que la desvirtúen o sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista, no es expresar agravios en los términos de la citada norma ritual (conf. Alsina, H., *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1942, t. II, p. 680, ap. “e”; Costa, A., *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Buenos Aires, 1950, p. 156, n° 93; Ibáñez Frocham, M., *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Buenos Aires, 1963, p. 193; Colombo, C., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado*, Buenos Aires, 1976, t. I, ps. 445/446; Fassi, S., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, 1978, t. I, ps. 719/720, n° 1642; Palacio, L., *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1986, t. V, ps. 266/268, n° 599; Acosta, J., *Procedimiento civil y comercial en segunda instancia*, Santa Fe, 1981, t. I, p. 211/212; Rivas, A., *Tratado de los recursos ordinarios*, Buenos Aires, 1991, t. II, ps. 473/475, n° 208; Highton, E. y Areán, B., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, 2006, t. 5, p. 241).



Así pues, corresponde declarar desierto el recurso de la demandada en lo que se refiere a los capítulos resarcitorios reclamados.

6º) El primer agravio de la parte actora se centra en el rechazo de la indemnización del daño moral correspondiente al niño M. S. B.

La lectura de la demanda muestra un reclamo de \$ 150.000, pero no una fundamentación de su procedencia personalizada en el menor. Empero, frente a lo resuelto en la instancia anterior con el alcance que fue transcripto en el considerando 1º de este voto, la parte actora argumenta en favor de la procedencia del rubro con cita de la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 26.061); de los arts. 26 y 1741, CCyC; de la calificación del menor como “consumidor” y damnificado “directo”; y de la cita de precedentes jurisprudenciales que considera aplicables.

Veamos.

(a) Ha quedado aislada en la doctrina la afirmación de que la escasa edad del demandante excluye de hecho la posibilidad de un sufrimiento resarcible como daño moral (conf. Orgaz, A., *El daño resarcible*, Buenos Aires, 1967, p. 217).

En efecto, la doctrina mayoritaria entiende admisible el rubro bajo la idea de que aun las personas carentes de discernimiento, como son los menores de edad, tienen también intereses extrapatrimoniales -como cualquier otro ser humano- y es evidente que si estos son alterados, pueden pedir reparación en igual medida que una persona plenamente capaz (conf. Brebbia, R., *El daño moral*, Rosario, 1967, ps. 241/242, n° 124; Zannoni, E., *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1982, p. 366, n° 111; Mosset Iturraspe, J., *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, 1985, t. IV [el daño moral], p. 218, n° 74; Pizarro, D., *Daño moral*, Buenos Aires, 2004, p. 264; Zavala de González, M., *Las personas sin discernimiento y las personas jurídicas como sujetos pasivos de daño moral*, JA 1985-I, p. 794; Picasso, S. y Sáenz, L., *ob. cit.*, t. I, p. 451, n° 6.3.1; Molina Sandoval, C., *Derecho de daños*, Buenos Aires, 2020, p. 343, n° 182, ap. 6º).

Cabe recordar, asimismo, que en las “Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil” (año 1984) se declaró como indemnizable el daño moral causado



a personas que carecen de discernimiento, y que en el mismo sentido esta alzada mercantil ha destacado que el resarcimiento del daño moral en favor de un menor es procedente con abstracción de la conciencia que pueda tener sobre el hecho generador de la lesión (conf. CNCom., Sala E, 23/10/2003, “Ferro de Castagnino, María Laura y otro c/ Scocier, Christian W. s/ sumario”).

Por lo tanto, un menor de edad puede ser damnificado directo en los términos del art. 1741, CCyC.

(b) Ahora bien, una cosa es la admisibilidad jurídica del reclamo por daño moral de menores de edad y otra la constatación de la existencia un efectivo perjuicio susceptible de reparación.

Es que tratándose de personas de muy corta edad, si bien la falta de comprensión del dolor propio y de su origen no obsta a la admisión del daño moral (conf. Picasso, S. y Sáenz, L., ob. cit., t. I, p. 451, n° 6.3.1), lo cierto es que, aun así, la constatación de la existencia del perjuicio extrapatrimonial, como de cualquier otro daño, debe ajustarse a lo previsto por el art. 1744, CCyC, que sin diferenciar si el reclamante es un adulto o no, obliga a la prueba del daño por quien lo invoca, salvo que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos.

La jurisprudencia ha generado interpretaciones compatibles con esto último.

En efecto, en algunos casos el daño moral del menor surge notorio de los propios hechos y, por lo tanto, no requiere de prueba específica dada su evidencia, siendo suficiente acreditar la acción antijurídica y la titularidad del derecho del damnificado, vgr. cuando se origina en la muerte de un progenitor (conf. CSJN, Fallos 326:1269, considerando 5°; CNCom., Sala D, 20/8/2020, “Foppiano, Miguel A. c/ Compañía de Transporte Río de la Plata S.A.”); cuando el menor es objeto de actos discriminatorios (conf. CNCom., Sala E, 12/3/2008, “Quintana, Pablo c/ Entertainment Depot S.A. s/ ordinario”) o de violación al derecho de su imagen (conf. CNCom., Sala E, 17/3/2008, “Bas, Pablo c/ América TV S.A.”); etc.

En otros, la prueba del daño moral también es innecesaria porque se relaciona con una lesión a la integridad física del menor, vgr. daño neurológico



provocado a una niña en el parto (conf. CNFed. Civ. Com., Sala 2, 21/5/1985, “Sanz, Oscar O. y otra c/ ENTEL s/ ordinario”); lesiones sufridas en accidente de tránsito (conf. CNCom., Sala C, 15/12/1992, “Gamarra, Gerardo c/ Scaff, Julio”; CNCom., Sala C, 26/2/1999, “Vorro, Luis H. c/ Genta, Néstor”) o en ocasión de viajar en un transporte público (conf. CNCom., Sala E, 22/12/2004, “Balcarce, Diego c/ Ferrovías S.A. s/ ordinario); etc.

Pero a salvo tales especiales hipótesis, el daño moral debe ser probado, es decir, debe acreditarse la alteración de los intereses extrapatrimoniales de cuyo resarcimiento se trata, ya que la minoridad no es causa por sí misma de excepción a las reglas generales sobre la prueba del perjuicio.

De tal suerte, como se resolvió en un fallo, requiere prueba el daño moral que se dice sufrido por un feto a causa de lesiones padecidas por su madre embarazada (conf. CNFed. Civ. Com., Sala 2, 10/5/1988, “Feal, José L. y otro c/ Doce, Fernando, J. y otro”, voto del juez G. Quintana Terán).

(c) Esta Sala en un precedente anterior que también involucró la responsabilidad contractual de Matercell S.A. juzgó que el daño moral de los reclamantes (exclusivamente adultos) no requería de prueba específica.

En tal sentido, el vocal preopinante entendió que el perjuicio extrapatrimonial era en ese caso “notorio” en los términos del indicado art. 1744, CCyC, pues “...los accionantes efectivamente han sufrido un daño espiritual que es resarcible, al tomar conocimiento de que la muestra del cordón umbilical de su hijo recién nacido no había llegado a destino, y por lo tanto no podría ser criopreservada ya que es material irre recuperable...” (conf. CNCom., Sala D, 16/3/2021, “Booth, Aidan James y otro c/ Matercell S.A.”, voto del juez Garibotto al que, en el aspecto indicado, adhirieron tanto el juez Vassallo como el suscripto).

Como se aprecia, en el precedente indicado se juzgó que fue la toma de conocimiento de la inejecución contractual por parte de los reclamantes (adultos) lo que determinó que no se les exigiera otra cosa para tener por acreditado el daño moral, el cual por ello, se insiste, fue calificado como notorio.

No parece, sin embargo, que tal criterio sea trasladable a este caso con relación al menor M. S. B.

Fecha de firma: 17/05/2022

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#29759585#327548473#20220516152104259

Su situación, a todas luces, no es la de un daño moral cuya notoriedad pueda entenderse derivada de un conocimiento adquirido de la inejecución contractual y de su repercusión. Su temprana edad le impide entender lo propio.

Y si bien, como se ha dicho, la falta de conciencia que se pueda tener sobre el hecho generador de la responsabilidad no es elemento de juicio impeditivo del resarcimiento, lo cierto es que en ausencia de prueba directa del daño moral sufrido por el menor, la apelación debió precisar, cuanto menos, otros hechos distintos de la toma de conocimiento de la inejecución y su repercusión, a partir de los cuales podría inferirse el carácter notorio del perjuicio extrapatrimonial que se dice sufrido por el citado niño.

Sobre el particular, lo aclaro, la expresión de agravios invoca dos hechos, pero ninguno de ellos es siquiera pertinente a los fines precedentemente indicados.

En efecto: I) la internación sanatorial que luego de su alumbramiento sufrió el menor no está causalmente relacionada con el incumplimiento atribuido a la demandada, pues ella fue necesaria en razón del carácter “prematureo” del recién nacido, tal como se lo reconoció en la demanda (fs. 51 vta.); y II) no hay tampoco certeza alguna de que el niño conozca la enfermedad de su madre o que tenga temor él de padecerla y no poder contar con la sangre fetal para eventualidades futuras; y aunque por hipótesis esto último no fuera así, lo concreto es que tampoco el contrato incumplido ofrecía algo útil en favor de la enfermedad de la progenitora, tal como lo explicaré más adelante.

(d) Nada de lo hasta aquí expuesto cambia con la cita de la normativa convencional y/o legal que se hace en el memorial de agravios.

Tal normativa carece de relación directa e inmediata respecto de la temática examinada, la que es regida por reglas, principios y criterios interpretativos de clara especificidad que, obviamente, no pueden ser ignorados con remisiones normativas genéricas.

Tampoco cuentan las abstracciones interpretativas.

Es que la abstracción es incompatible con la finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil y opuesta a su orientación actual que procura mirar del modo más atento posible a la víctima y a su daño. En rigor, únicamente



examinando las concretas y específicas consecuencias de la violación, la indemnización cumple adecuadamente su función de subsanar o enmendar el daño o de satisfacer a la víctima de su padecimiento espiritual (conf. Zavala de González, M., *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, 1990, t. 2-A [daños a las personas – integridad psicofísica], p. 490, n° 150), siendo improcedentes las concepciones extensivas en las que la reparación carece de debida justificación (conf. Diez Picazo, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 328).

(e) De donde se sigue, en suma, que en ausencia no solo de prueba directa del daño moral, sino también de una convincente fundamentación encaminada a tenerlo por constatado en razón de su notoriedad, su resarcimiento no procede.

6°) La sentencia apelada admitió la reparación de la pérdida de la chance que favorecía a la señora M. P. B. y a su hijo. Al respecto, reconoció que el incumplimiento de la demandada había malogrado la posibilidad que tenían ambos de utilizar las células madre para el tratamiento de padecimientos futuros. Con tal base, el fallo fijó la reparación favorable a la citada actora en la suma de \$ 50.000 y en la de \$ 100.000 la correspondiente a su hijo.

Se reclama ante esta instancia la elevación de ambos montos.

Esta alzada mercantil suele examinar la indemnización de la chance perdida desde un punto de vista muy especial, esto es, cuando se reclama por la pérdida de chances “productivas”, según la feliz denominación de una destacada autora (conf. Zavala de González, M., *Resarcimiento de daños*, cit., t. 2-A, p. 378 y ss., n° 115). Bajo esa particular mirada, la pérdida de la chance constituye un daño actual -no hipotético- indemnizable, cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado por culpa del responsable, y que puede ser valorada en sí misma, en su intrínseco valor económico de probabilidad; no se identifica con la utilidad dejada de percibir, sino que lo resarcible es la *chance* misma, la que debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, sin que pueda nunca identificarse con el eventual beneficio perdido (véase entre muchos otros precedentes: CNCom., Sala D, 15/12/2006, “Mabromata Daniel Jose c/ Lloyds Bank Ltd. S.A. s/ sumario”; íd., Sala D, 27/3/2012, “LC Acción Producciones S.A. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. (ARTEAR) s/

Fecha de firma: 17/05/2022

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#29759585#327548473#20220516152104259

ordinario”; íd., Sala B, 7/2/89, "Muraro, Heriberto c/ Eudeba s/ ordinario", LL 1989-D-288; entre muchas otras).

Sin embargo, obvio es, no es tal la única perspectiva a la luz de la cual puede existir una pérdida de chance, ya que cabe concebirla igualmente en ciertos supuestos en los que no entra en juego la probabilidad de obtener un beneficio económico o una ganancia, sino también cuando la víctima se ve privada de alcanzar otros objetivos que indirectamente deben ser compensados mediante el otorgamiento de una suma dineraria (conf. Alterini, J., *ob. cit.*, t. VIII, p. 197).

Con tal mirada más amplia, entonces, es posible hablar, por ejemplo, de la indemnización de la pérdida de chances “afectivas” (conf. Zavala de González, M., *Resarcimiento de daños*, cit., t. 2-A, p. 382 y ss., n° 116); de la pérdida de la chance personal, que es la que incide sobre bienes de la personalidad, como el patrimonio de carácter biológico o fisiológico -vida e integridad psicofísica- y el de carácter moral o espiritual de la persona -derechos personalísimos- (conf. Jalil, J., *La pérdida de la chance en el Código Civil y Comercial*, RCyS 2020-IX, p. 23); de la pérdida de la chance en recibir un socorro (conf. Marcos E., *Acerca del resarcimiento por pérdida de chance de ayuda económica futura por la muerte de un hijo*, LLBA 2012 (mayo); Rugna, L., *Pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de hijos*, LLGran Cuyo 2015 [octubre], p. 957); de la pérdida de la chance de sobrevivida o de curación de una enfermedad (conf. CNCom., Sala D, 31/8/2017, “Caputo, Lucio A. c/ Assit Card Argentina S.A.”; Picasso, S. y Sáenz, L., *ob. cit.*, t. I, p. 483, texto y jurisprud. cit. en nota n° 219; Hersalis, M., *La praxis médica y la pérdida de la chance en materia de curación*, RCyS 2020-XII, p. 110; Nieto, M., *Resarcimiento de la pérdida de la chance de curación*, LLNOA 2018 [mayo], p. 3;) y aun, de modo más general, de la pérdida de la oportunidad de evitarse o de impedir un daño (conf. Barros Bourie, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 240, n° 155 y p. 379, n° 246; Márquez, J., *Distinción entre chance y lucro cesante: su recepción en el Código Civil y Comercial*, RCyS 2015-I, p. 5).



A mi modo de ver, el caso *sub examine* encuadra, precisamente, en dicha mirada más amplia que tolera la reparación por pérdida de chance, no conectada a la pérdida de una ganancia o beneficio económico.

Ahora bien, el análisis de la pérdida de la chance tiene dos aspectos claramente diferenciados. En primer lugar, es preciso demostrar la existencia misma de la oportunidad, esto es, que el demandante se encontraba en una situación tal en la que podía obtener el resultado esperado. En segundo lugar, una vez comprobada la existencia de la oportunidad, se abre camino la cuantificación del daño. Esta última nunca afecta la certidumbre del perjuicio, pues aun si faltase prueba sobre el *quantum* del resarcimiento igualmente sería debido por el responsable. En otras palabras, el esfuerzo probatorio del demandante debe dirigirse a aportar los elementos que permitan cuantificar el importe de la reparación, pero si este último esfuerzo probatorio fracasa o no se cumple, al no estar ya afectada la certidumbre del daño, corresponderá la prudencia estimación judicial del rubro –art. 165, párrafo tercero, del Código Procesal- bien que efectuada con parquedad (conf. Picasso, S. y Sáenz, L., *ob. cit.* t. I, ps. 498/499, n° 7.4 y t. II, ps. 556/559, n° 3.3.5).

En el caso, ya no hay discusión sobre la existencia misma de la oportunidad perdida; en este sentido, la procedencia de la reparación debe considerarse firme en función de lo expuesto en el considerando 5° del presente voto.

Lo único que resta apelado es el *quantum* indemnizatorio, aspecto sobre el cual, valga observarlo, la parte actora no rindió prueba alguna, abriéndose camino, entonces, la posibilidad de su fijación prudencial, con criterio estricto según lo anticipado.

Aprecio que en la ponderación de lo propio debe tenerse en cuenta, ante todo, cuál es la chance concretamente perdida. Esto es así porque lógicamente el *quantum* habrá de variar según que la probabilidad de alcanzar los objetivos trazados haya sido más o menos grande (conf. Mayo, J., *La pérdida de la chance como daño resarcible*, LL 1989-B, p. 102; Jalil, J., *ob. cit.*, loc. cit.).

Sobre el particular, aun cuando en el contrato que unió a las partes se incluyeron dos cláusulas orientadas a esclarecer qué era lo que podía esperarse de

Fecha de firma: 17/05/2022

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#29759585#327548473#20220516152104259

él (“...El prestatario declara conocer las posibilidades y límites actuales del uso futuro del material recolectado, procesado y almacenado...” -cláusula 3.2- y “... El prestador no garantiza que la muestra guardada pueda curar o ser usada para tratar todas las enfermedades en la actualidad o en el futuro y acepta que, probablemente, nunca desarrolle alguna enfermedad que requiera de la muestra y que ella podría no ser utilizada...” -cláusula 3.3-), lo cierto es que ninguna interpretación racional podría conducir a la conclusión de que la prestación que comprometía Matercell S.A. no encerraba, cuanto menos, la chance de brindar una utilidad futura respecto de algunas enfermedades o dolencias.

Y, en tal sentido, fue la propia demandada la que delimitó el asunto.

En efecto, entre las respuestas contenidas en el link “Preguntas Frecuentes” que, como ya se dijo, integran el marco contractual y obligan a la prestadora (art. 1103, CCyC), se enumeraron diversas enfermedades o dolencias de posible tratamiento con células madre: anemia aplásica, anemia hereditaria, leucemias, linfomas, osteoporosis, mieloma múltiple, neuroblastoma, enfermedades inmunes, trastornos mieloproliferativos y trastornos de almacenamientos de lípidos (fs. 15 y vta., reservada).

No dejo de advertir que el peritaje médico sostuvo una utilidad de las células madre más estrecha que la contractualmente predicada por Matercell S.A. en la enumeración precedente (para la experta actuante la “...La sangre del cordón solo puede ser utilizada para tratar enfermedades sanguíneas. Ninguna terapia para enfermedades no relacionadas con la sangre ha sido desarrollada usando células madre hematopoyéticas provenientes de sangre de cordón umbilical...”; fs. 466 vta. y 473), ni que tal conclusión pericial, en la medida que no fue impugnada por la demandada (fs. 478), es la que debe entenderse judicialmente como verdadera (art. 477 del Código Procesal).

Pero en vía de establecer cuál es, en concreto, la chance perdida por los recurrentes susceptible de ser considerada para su evaluación indemnizatoria, no me parece inadecuado omitir la ponderación de lo informado pericialmente para, en su lugar, hacer pie en la más amplia utilidad predicada por Matercell S.A. al contratar, pues ello fue lo formalmente expresado en acuerdo de voluntades y



toda interpretación prescindente sería contraria a la buena fe y al principio de protección de la confianza suscitada en los actores (arts. 961 y 1067, CCyC).

A esta altura, me importa detenerme en un aspecto que no ha sido ajeno a la composición del reclamo de que se trata, cual es el atinente a la comprobada esclerosis múltiple que cursa la señora M. P. B. desde el año 2002 (conf. peritaje médico, fs. 469 vta., respuesta 1^a). En la demanda se expresó que tal enfermedad fue la que motivó al matrimonio S.-B. a contratar con Matercell S.A. a fin de que el hijo de ambos si “...*podiera nacer con esta o cualquier otra enfermedad, tuviera a su disposición las células madres que le permitieran contar con el tratamiento adecuado y eficaz...*” (fs. 53). Tal motivación, empero, fue claramente excesiva y, por tanto, no pudo dar pie a una confianza que, en la medida del exceso, se viera defraudada, dicho sea ello, claro está, con abstracción de todo juicio acerca de si aquella integró o no la causa del negocio (art. 281, CCyC). Así cabe pensarlo pues de acuerdo a lo explicado en el peritaje médico sin recibir críticas, el tratamiento de la esclerosis múltiple con células madre no ha superado la etapa experimental, faltando investigaciones para corroborar resultados (fs. 472, respuestas 13^a y 14^a); y porque eso mismo fue, precisamente, lo que sí con indudable relieve contractual se informó en el recordado link “Preguntas Frecuentes”, esto es, concretamente, que el tratamiento de las esclerosis múltiples con células madre tenía reflejo solamente en “estudios preliminares” (fs. 15 vta., reservada). Con lo que va dicho, entonces, que la probabilidad de una utilización de células madre en la hipótesis referida en la demanda, tenía un carácter más bien especulativo o, dicho con otras palabras, la probabilidad no tiene bastante fundamento para su consideración en el plano de la determinación de la cuantía indemnizatoria, pues el perjuicio de que se trata debe suponer algún concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto, por lo cual no es admisible el reclamo si se trata de un daño puramente hipotético (conf. CNCom., Sala D, 1/9/2016, “González, Ramón Alfonso c/ Citibank N.A. s/ ordinario”, ED del 29/9/2016, fallo n° 59.267; Trigo Represas, F. y López Mesa, M., *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 471 y su cita del fallo de la CSJN, 15/7/1997, “R., P.A. c/ Estado Nacional y/u otros”, La Ley, 1997-F-15), cuya producción depende de una condición aún no realizada

Fecha de firma: 17/05/2022

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#29759585#327548473#20220516152104259

y en sí de incierta realización (conf. Morello, A., *Indemnización del daño contractual*, La Plata- Buenos Aires, 1974, p. 176).

Cabe añadir a lo expuesto que la reparación de que se trata encuentra límite en que la contingencia sea razonable y que guarde relación de causalidad con el hecho generador (art. 1739, CCyC), ya que la causalidad es, precisamente, la que define la medida de la reparación de la pérdida de la chance (conf. Zavala de González, M., *Resarcimiento de daños*, cit., t. 2-A, p. 387, n° 117); y que, en ese orden de ideas, almacenar estas células en forma privada, para uso personal o familiar, no constituye ninguna necesaria garantía para terapias futuras, ya que la unidad puede no reunir los requisitos de calidad (conf. Lamm, E., *Bancos de células madre de cordón umbilical - Autonomía versus justicia social - Un paralelismo entre Argentina y España*”, RDF 2014-VI, p. 10).

Así las cosas, y observando en fin que el señalado criterio ponderativo parco o estricto que impone la falta de prueba, no puede conducir a la fijación de una indemnización irrisoria o simbólica reconociéndose el daño en lo meramente formal o declarativo, pero negándolo en el terreno de lo operativo o conducente (conf. Mosset Iturraspe, J., *Frustración de una chance por error en el diagnóstico*, LL 1982-D, p. 475, cap. V), propondré al acuerdo, en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 165, párrafo tercero del Código Procesal, elevar la reparación de que se trata a la suma de \$ 150.000 para el menor Mateo Sobrero Bruno, y a la de \$ 100.000 para su madre.

7º) El último agravio de la parte actora se refiere al *dies a quo* del curso de los intereses, que la sentencia apelada fijó en la fecha de notificación de la demanda tanto para la reparación del daño moral concedida a Marcela P. Bruno y a Daniel H. Sobrero, como para la indemnización de la pérdida de chance en todos los casos. Solicitan los recurrentes la aplicación de lo dispuesto por el art. 1748, CCyC.

La queja es parcialmente admisible.

Es que la procedencia de intereses sobre las sumas fijadas para reparar el daño moral se basa en la mora provocada por el incumplimiento contractual y corren desde que se produjo el perjuicio (arts. 886 y cit. 1748, CCyC; CNCom.,



Sala D, 8/2/2022, “Contarino, Lorena Liliana y otros c/ Atrápalo S.R.L. s/ ordinario”). Por ello, en este aspecto el agravio procede.

En cambio, la pérdida de la chance, en tanto no es un daño que se produce simultáneamente con el incumplimiento, sino que es un daño sobreviniente a él, solo puede llevar accesorios a partir de la notificación de la demanda, según así lo tiene resuelto el tribunal (conf. CNCom., Sala D, Sala D, 27/3/2012, “LC Acción Producciones S.A. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. (ARTEAR) s/ ordinario”). Así pues, no procede modificar la sentencia de grado en este otro particular.

8º) En cuanto a las costas de primera instancia, no dándose el supuesto contemplado por la demandada en el capítulo III de su expresión de agravios, corresponde confirmar la imposición a su cargo.

9º) Por lo expuesto, propongo al acuerdo desestimar el pedido de nulidad de sentencia planteado por la demandada y, declarando parcialmente desierta su apelación, confirmar la sentencia de la anterior instancia en lo principal que decidió, modificándosela exclusivamente en cuanto al monto por el que prosperan los reclamos por pérdida de chance y en orden al curso de los intereses con el alcance que surge, respectivamente, de los considerandos 6º y 7º de esta ponencia.

Las costas de alzada deben cargarse a la demandada en ambos recursos por haber sido sustancialmente vencida (art. 68, primer párrafo, del Código Procesal).

Así voto.

Los señores Jueces de Cámara doctores Juan R. Garibotto y Gerardo G. Vassallo adhieren al voto que antecede.

10º) Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

(a) Confirmar la sentencia de primera instancia en lo principal que decidió, modificándosela exclusivamente en cuanto al monto por el que prosperan los reclamos por pérdida de chance y en orden al curso de los intereses con el alcance que surge, respectivamente, de los considerandos 6º y 7º del voto que abrió el acuerdo.

(b) Imponer las costas de alzada a la demandada, en ambos recursos.

Fecha de firma: 17/05/2022

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#29759585#327548473#20220516152104259

(c) Diferir la regulación de los honorarios de alzada para después de fijados los de la instancia anterior.

Notifíquese electrónicamente.

Cumplase con la comunicación ordenada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ley 26.856 y Acordadas CSJN n° 15/2013 y 24/2013), agréguese copia de lo resuelto y, cumplido el plazo fijado por el cpr 257, devuélvase la causa en su soporte físico y digital -a través del Sistema de Gestión Judicial y mediante pase electrónico- al Juzgado de origen.

Pablo D. Heredia

Juan R. Garibotto

Gerardo G. Vassallo

Horacio Piatti

Secretario de Cámara

Fecha de firma: 17/05/2022

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HORACIO PIATTI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA



#29759585#327548473#20220516152104259