



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

CIV 97951/1998/CA002

JUZG. N° 50

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los días del mes de septiembre de 2019, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala "C" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer sobre los recursos interpuestos en los autos **"QUIDI, MARIA ADELINA C/ NOBLEZA PICCARDO S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"**, respecto de la sentencia corriente a fs. 3236/3246, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo, resultó que la votación debía efectuarse en el orden siguiente: sres. jueces de cámara Dres. Converset, Diaz Solimine y Trípoli.

Sobre la cuestión propuesta el Dr. Converset dijo:

I.- Antecedentes de la causa

1. A fs. 18/87 se presentó por medio de apoderados María Adelina Quidi, en nombre propio y en representación de por su entonces hija menor (fs. 784 y 870)), Sabrina Isabella Valenzi, promoviendo demanda ordinaria de daños y perjuicios contra Nobleza Piccardo S.A. y Massalin Particulares S.A. por la fabricación de distintas marcas de cigarrillos cuyo consumo causaran el fallecimiento del Sr. Miguel



Isabella Valenzi, esposo y padre de las coaccionantes.

Explicaron que el Sr. Isabella Valenzi nació el 14 de julio de 1951 y que desde los catorce años fumaba diferentes marcas de cigarrillos fabricados por las empresas demandadas. Adujeron que en agosto de 1995, luego de presentar tos hemoptoica (con sangre), fue diagnosticado en el Sanatorio Quilmes con cáncer de pulmón izquierdo de 5 cm. por 5 cm. con anatomía patológica de adenocarcinoma (una de las cuatro variantes de cáncer de pulmón). Sostienen que la causa de los problemas de salud, que derivaron incluso en su muerte, tuvo relación directa con el tabaquismo crónico que padeció. Aclararon que el Sr. Isabella Valenzi intentó dejar de fumar en diversas oportunidades, incluso llegando a realizar algunos tratamientos para abandonar la adicción de fumar, pero que -sin embargo- no pudo lograrlo. Aseveraron en qué consistía el acto fisiológico de fumar y los efectos químicos que produce en el cuerpo humano. Calificaron de irresponsable la conducta del fabricante del producto, dando los motivos de aquella afirmación. Desarrollaron los motivos por los cuales afirman el carácter adictivo de la nicotina y la incapacidad para decidir libremente sobre el uso del tabaco.

A su turno, se presentó Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F., planteando inicialmente la excepción de prescripción fundada en el art.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

4037 del Código Civil (fs. 134/143). Desconoció en su presentación de fs. 563/600 los hechos expuestos en la demanda y la documentación acompañada por las actoras, y desplegó su propia defensa. Esgrimió, en tal sentido, que los antecedentes (leyes, decretos, habilitaciones) acreditaban que ha desarrollado y ha desplegado una industria y comercio lícito. Señaló que, en consecuencia, en la medida en que no desarrollara de manera dolosa, culpable o negligente su actividad, no podía achacársele responsabilidad extracontractual alguna. De hecho explicó que el Estado le impuso restricciones, como por ejemplo el requisito de imprimir en los productos que comercialice la leyenda "*El fumar es perjudicial para la salud*". Consiguientemente refirió que cumplía adecuadamente con el deber de informar al público consumidor y añadió que, no obstante ello, era de conocimiento general los riesgos que conllevaba para la salud el fumar. Por otro lado, afirmó que el fumar -o dejar de hacerlo- es una decisión personal, sujeta al libre albedrío de cada individuo, que esa libertad está fundada en los arts. 19 y 33 de la Constitución Nacional. Expuso diferentes fundamentos para concluir que no existía nada en los cigarrillos (incluso la presencia de la nicotina) que impidiera a un individuo tomar la decisión de dejar de fumar. En efecto, señaló que es impropio hablar en el caso del término "adicción". En definitiva sostuvo que en el



caso existió culpa de la víctima. Cuestionó, a su vez, que el supuesto cáncer de pulmón que habría afectado al Sr. Isabella Valenzi haya sido causado por el fumar, impugnando la relación causal establecida en el peritaje producido en el expediente sobre prueba anticipada (nº 41.606/98).

De su lado, Massalin Particulares S.A. planteó también misma excepción de prescripción. Admitió ser una sociedad anónima dedicada a la fabricación y venta de cigarrillos, y que el fumar es perjudicial para la salud, tal como lo advierte la leyenda establecida por la ley 23.344. Negó pormenorizadamente los hechos y daños descriptos en la demanda y la documentación acompañada por las coactoras. Destacó que en todo momento brindó información en cuanto a que el fumar es adictivo y peligroso. Indicó que las características esenciales del cigarrillo son conocidas por el público en general desde hace siglos. Citó, en tal sentido, diversos documentos históricos que acompañó, afirmó que todos los habitantes del país durante su instrucción primaria y secundaria tuvieron conocimiento de los perjuicios que ocasionaba el tabaco e incluso de la dificultad para dejar de fumar. Concluyó así que el Sr. Isabella Valenzi asumió el riesgo en forma expresa y voluntaria hace largo tiempo. Desarrolló el concepto "adicción" y sostuvo que la condición adictiva del cigarrillo no impide a los





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

fumadores dejar de fumar, ni los exime de responsabilidad por las consecuencias de sus propios actos. Invocó los arts. 1066 y 1071 del Código Civil para considerar que al ejercer regularmente un derecho y al ser su obrar un acto lícito, no existía antijuricidad alguna que la hiciera civilmente responsable. Impugnó en concreto la afirmación sustentada en la demanda de que el Sr. Isabella Valenzi fue afectado por un cáncer de pulmón vinculado con la costumbre de fumar. Afirmó que resultaba inaplicable al caso la doctrina sobre responsabilidad por productos elaborados, que los riesgos para la salud humana asociados con el uso del tabaco o sus derivados no provienen de la manufactura de cigarrillos, ni de ningún otro proceso industrial relacionado con su fabricación.

2. El Juez de grado resolvió desestimar la acción entablada por las coaccionantes.

Para así decidir analizó minuciosamente los distintos planteos esgrimidos por las partes en los escritos constitutivos referenciados. En primer lugar, consideró que resultaba pertinente desestimar la excepción de prescripción opuesta por las codemandadas. Más luego se adentró en el examen de la cuestión fondal. Así, en base a lo dictaminado por los Dres. Duarte y Sánchez, sostuvo que era posible concluir que existió relación causal entre el hábito de fumar que



tuvo el Sr. Isabella Valenzi desde adolescente y el cáncer de pulmón.

No obstante ello, entendió que -como dijéramos- la demanda no debía ser admitida. Ponderó para ello que también era de notorio conocimiento que fumar es perjudicial para la salud, al punto que dicha leyenda fue incorporada a partir del año 1986 y por ley a los paquetes de cigarrillo. Sostuvo que esta circunstancia también surgía de lo informado por el Ministerio de Salud, del informe de la Academia Nacional de Medicina, y de los documentos acompañados por la Organización Panamericana de la Salud. Así, aseveró que cualquiera que consume cigarrillos conoce que asume ese riesgo. Para sustentar tal postura hizo referencia a las respuestas brindadas por la Asociación Argentina de los Adventistas del 7° día. En consecuencia, consideró el *a quo* que en principio prevalecía la conducta de la propia víctima como causa que provoca el excesivo consumo de un objeto en relación al cual se publicita sus efectos dañosos.

3. Contra dicho pronunciamiento se alzaron, a fs. 3285/3291, la parte actora, y a fs. 3293/3301, British Tabacco S.A.I.C. y F. (anteriormente denominada Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F.).

La primera cuestiona, naturalmente, la improcedencia de la acción, señalando que la publicidad del riesgo no le quitaba las aristas de ilicitud a la actividad desarrollada, que el





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

producto no importaba ningún beneficio para la sociedad, que el factor de riesgo se transformaba en un factor causal, y en que los demandados no habían logrado acreditar la fractura del nexo causal. Dichos agravios merecieron la réplica de las contrarias que lucen a fs. 3303/3309 y fs. 3314/3336.

La segunda, se queja en concreto de que no procediera la excepción de prescripción que fuera oportunamente opuesta por su parte, recibiendo tales alegaciones la respuesta de la actora que obra a fs. 3311/3313.

Con posterioridad, y luego de que se expidiera el Fiscal de Cámara a fs. 3345/3347 sobre cuestiones atinentes a su competencia, las actuaciones quedaron en condiciones para dictar sentencia definitiva.

II. Aclaraciones previas

En primer término es menester señalar que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (*Fallos: 258:304, 262:222, 265:301, 272:225, 276:132, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121, entre otros*).

Asimismo en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el caso (*CSJN, Fallos: 274:113; 280:3201; 144:611*), por lo tanto me inclinaré por las que produzcan mayor



convicción, en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa. En otras palabras, se considerarán los hechos que Aragonese Alonso llama "jurídicamente relevantes" (su ob. *Proceso y Derecho Procesal*, Aguilar, Madrid, 1960, pág 971, párrafo 1527) o "singularmente trascendentes" como los denomina Calamandrei (su trab., *La génesis lógica de la sentencia civil*, en "Estudios sobre el proceso civil", págs. 369 y ss.).

III. Marco jurídico

Previo a adentrarme en el examen de las quejas que son motivo puntual de agravios, creo preciso fijar las pautas conceptuales y normativas que regirán el estudio del caso y que harán las veces de norte para la solución de la compleja controversia arrojada a este Tribunal.

La doctrina especializada que se ha embebido en el tema resulta plenamente conteste en que quien tiene la costumbre de fumar cigarrillos es en puridad un consumidor. Así, Vázquez Ferreyra sostiene que la responsabilidad que nos ocupa en este caso constituye una materia que encaja como traje de sastre en los arts. 4, 5 y 6 y concordantes de la Ley de Defensa del Consumidor ("*Responsabilidad civil de las tabacaleras por el consumo de cigarrillos y aceptación de riesgos*", LL 21/11/2007, cita online: AR/DOC/2888/2007). En análogos términos, Nicolau refiere que resulta plenamente





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

aplicable el régimen de protección y defensa de los consumidores, señalando que las tabacaleras deben cumplir con todas las obligaciones que la ley 24.240 impone a los proveedores y, en especial, con el deber de información previsto en relación a las cosas riesgosas (*“La relación de causalidad entre tabaquismo y deceso del fumador”*, en LL2007 (abril) 258, cita online: AR/DOC/1331/2007). Por su parte, Werlen asevera que no debería discutirse en este estadio de la legislación que el fumador es un consumidor y que la tabacalera un proveedor en los términos de los arts. 1, 2, 40 y conchs. de la ley 24.240 (*“La eventual responsabilidad de las tabacaleras en nuestro país”*, cita online: AR/DOC/3634/2011). Este especial marco tuitivo también ha sido el contemplado en algunos resonantes precedentes extranjeros (Cámara Quinta de Derecho Privado del Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo, *“Vanin, José c/ Souza Cruz S.A.”* del 25 de marzo de 1999, en Freire Aurich, Juan Francisco, *“Responsabilidad por daños provocados por el consumo de tabaco. Acción del consumidor contra el fabricante de cigarrillos”*, en RCyS 2000, 1239, cita online AR/DOC/12156/2001) y ha sido expresamente invocado en esta causa por el Fiscal Coadyuvante de la Fiscalía General en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 3345/3347).



Bajo esta óptica, debe tenerse presente que al existir una relación de consumo, deben aplicarse -como enseña Lorenzetti- las normas especiales consumeriles, que se erigieron, en efecto, en un auténtico microsistema con raíz constitucional, con principios propios y hasta derogatorios del derecho privado tradicional (*"Consumidores"*, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 32). Es que si el reclamo es por daños causados por productos elaborados en serie, explica Marquez que las normas del derecho del consumo son las propias a ese ámbito. Pues la responsabilidad civil en el consumo tiene reglas propias -difíciles de extrapolar con carácter general a una relación común- y está presidida por principios peculiares, tales como el de la interpretación favorable al consumidor, el derecho a ser informado en forma adecuada, la protección a la salud e integridad física del consumidor y el deber general de seguridad en la prestación de bienes y servicios (*"Una tendencia consolidada: irresponsabilidad de las tabacaleras; una en evolución: hacia una teoría general de los daños al consumidor. Algunas reflexiones sobre la prescripción y las eximentes en el derecho de consumo"*, en RCyS 2008, 433, cita online AR/DOC/877/2008). Ocurre que las normas basadas en la relación de consumo implican un grado de tutela superior para el consumidor, dada su especial vulnerabilidad frente a la cadena de





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

proveedores. Se verifica en este orden la objetivación de la responsabilidad del proveedor fundada en la necesidad de tutelar la confianza y seguridad de los consumidores, la ampliación de la legitimación activa y pasiva, la unificación de los plazos de prescripción, la preocupación por el afianzamiento del principio de reparación integral y los beneficios probatorios (*Picasso - Vázquez Ferreyra (dir.), "Ley de defensa del Consumidor. Comentada y anotada", Ed. La Ley, T. I, p. 501*).

IV. Excepción de prescripción

1. Sentado ello, razones de orden lógico imponen entender en primer lugar sobre la excepción de prescripción que fuera reeditada en esta instancia, pues la suerte favorable que pueda correr bien podría sellar la improcedencia de la acción ejercida *iure hereditatis*. Entonces para ello será pertinente efectuar un relevamiento de lo actuado en la causa, determinar los alcances de la sentencia de grado, y estudiar los términos en que fueran vertidos los agravios, para luego determinar, en definitiva, el plazo de prescripción a aplicar y el *dies a quo*.

2. Veamos. Sin perjuicio de desconocer totalmente la atribución de responsabilidad endilgada en la demanda, Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. indicó en el escrito de contestación a la demanda que desde agosto del año 1995 -momento en el que se habría



manifestado la enfermedad del señor Isabella Valenzi- hasta el mes de abril de 1998 -en el que se promovió la demanda-, había transcurrido el plazo legal dispuesto por el art. 4037 del Código Civil. Destacó que entre la empresa y el Sr. Isabella Valenzi no existió vínculo contractual y que las actoras reclamaban por derecho hereditario. Así dijo que aquellas circunstancias, sumado al hecho de que se reclamó por un hecho ilícito, llevan a la aplicación del referido art. 4037 del Código Civil.

Por su parte, Massalin Particulares S.A. también planteó la excepción de prescripción. Apuntó que el reclamo era claramente de naturaleza extracontractual. Destacó que según se indicó en la demanda, el Sr. Isabella Valenzi comenzó a fumar en el año 1966, 32 años antes de iniciarse la acción, que si fuese cierto que existió una "adicción" que no le permitió dejar de fumar, debió conocer ello hacía muchos años, tomando como referencia las fechas referidas en la demanda. Concluyó en que el Sr. Isabella Valenzi estaba en condiciones de iniciar la acción muchos años antes del momento en que ello ocurrió e indicó que la excepción era admisible porque el plazo debía computarse desde que la víctima tiene conocimiento del daño.

3. Al ser que el daño que se denunció para promover la acción fue el cáncer de pulmón que afectó al Sr. Isabella Valenzi, el anterior





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

juzgador entendió que inicialmente correspondía analizar la fecha en la que se habría conocido tal estado.

Sostuvo que frente al extravío de la historia clínica del Sanatorio Quilmes, tenía por acreditado -sobre la base de lo informado por el perito médico Dr. Duarte, el posterior informe de la Dra. Suárez y lo declarado por Quidi al absolver posiciones- que le fue diagnosticado al Sr. Isabella Valenzi el cáncer de pulmón el 11 de octubre de 1995.

Así, luego de efectuar un detallado examen de los regímenes de responsabilidad existentes, subsumió el presente caso en el de la esfera contractual. Sostuvo que el hecho de que la empresa que fabrica cigarrillos no vende su producto directamente al público, que emplee para ello la labor de intermediarios, y que finalmente el contrato de compraventa de cigarrillos se celebre con el kiosquero (por ejemplo), no lo llevaban a la conclusión de que debiera aplicarse al caso el plazo previsto para la responsabilidad extracontractual. Mas luego, sostuvo que las empresas demandadas se dedican a fabricar y vender cigarrillos, actos de comercio lícitos, que tienen como principales destinatarios consumidores finales. En este contexto consideró que era aplicable el plazo de tres años previsto en el art. 50 de la ley 24.240; no así el plazo decenal del art. 4023 del Código Civil.



Luego de ello, detalló que desde que se obtuvo el diagnóstico del cáncer de pulmón y hasta que se promovió la acción sobre prueba anticipada no transcurrió el plazo de tres años.

Por estas razones, el sentenciante ponderó que la acción entablada no se encontraba prescripta.

4. A fs. 3293/3301 British American Tabacco S.A.I.C. y F. se agravia de la forma en que el anterior juzgador resolviera la cuestión atinente al reclamo extintivo de la acción formulado *iure hereditatis* por las demandantes. Aduce que el criterio generalizado de la doctrina y jurisprudencia es que la responsabilidad del fabricante frente al consumidor es extracontractual, por lo que corresponde aplicar el plazo de prescripción de dos años (art. 4037 del Código Civil). Por otro lado sostiene que el *dies a quo* comienza a correr desde que el daño fue producido, y si aquel se ignora, es desde que el damnificado tuvo una razonable posibilidad de información de conocer su existencia. Aduce que ni los agravamientos ni los nuevos perjuicios implican una nueva causa generadora de responsabilidad. Apunta que surgía de las constancias de autos que los efectos del consumo del cigarrillo en la salud del causante comenzaron mucho antes; en concreto desde el 28 de marzo de 1984, fecha en la cual se anotara la existencia de antecedentes de tabaquismo. También señala que





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

se soslayó que el perito médico refirió que la enfermedad se había originado entre tres y cinco años antes del diagnóstico. Agrega asimismo que desde el año 1986 (fecha en la cual era obligatorio consignar en los paquetes de cigarrillos que "el fumar es perjudicial para la salud") no se podía alegar desconocimiento sobre los posibles perjuicios del consumo de tabaco. De este modo, alega que cualquier reclamo efectuado con motivo de los daños en la salud del causante por fumar se encuentra prescripto, aun considerando el plazo decenal de prescripción.

5. La cuestión que una de las tabacaleras demandada introduce en sus agravios me conduce a efectuar un breve resumen de las posiciones consolidadas en torno al tema que se trae nuevamente al debate.

Quizá la posición jurisprudencial mayoritaria (CNCiv., Sala H, "Lodoli, Roberto c/ Massalin Particulares S.A. s/ daños y perjuicios" del 26 de febrero de 2001; "CNCiv., Sala K, "Minisini Verdi Luis c/ Nobleza-Piccardo S.A.I.C.F. s/ daños y perjuicios", 1º de diciembre de 2000; CNCiv., Sala F, "Taraborrelli, Hugo Mariano c/ Massalin Particulares s/ daños y perjuicios" del 26 de diciembre de 2000; CNCiv., Sala H, "Barone, Víctor Renato c/ Nobleza Piccardo S.A.I.C.F. s/ daños y perjuicios" del 18 de octubre del 2002; CNCiv., Sala M, "Moran Christian c/ Massalin Particulares S.A. s/



daños y perjuicios", del 14 de abril del 2004; CNCiv., Sala H, "Smolar Ángel c/ Massalin Particulares S.A. s/ daños y perjuicios", del 29 de noviembre del 2004; CNCiv., Sala B, "F.C.A. c/ Massalin Particulares S.A. s/ daños y perjuicios" del 5 de mayo de 2005; CNCiv., Sala I, "Fernández Aníbal c/ Massalin Particulares S.A. s/ daños y perjuicios" del 16 de agosto de 2007) es la que entiende que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, rigiendo en consecuencia el plazo bianual del art. 4037 del Código Civil.

Sintetizando aquella postura se dice que no existe un vínculo estrictamente contractual entre el fabricante y el consumidor no adquirente directo. El primero es el creador del riesgo (art. 1113 del Código Civil) y simultáneamente quien se sirve del producto para su provecho.

En tal sentido se expidieron en estos actuados el Agente Fiscal a fs. 89 vta., el Fiscal de Cámara a fs. 107, y el Procurador General de la Nación de fs. 622. El Máximo Tribunal, por su parte, siguiendo aquel último dictamen, sostuvo que la relación jurídica en que se funda la acción se encuentra *prima facie* encuadrada dentro de la responsabilidad extracontractual, en tanto entre productor y consumidor media la intervención del comerciante minorista, quien produjo la venta para el consumo (fs. 624).





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

En la doctrina nacional se observa la postura de ciertos autores que sostienen que se trataría de un supuesto de responsabilidad contractual al que se le aplicaría el plazo decenal del art. 4023 del Código Civil.

Se alude a la existencia de una "*relación contractual fáctica*", producto de conductas sociales de hecho. Admiten que no existe contrato *stricto sensu* pero los efectos de relación son similares, a partir de manifestaciones tácitas de la voluntad. Así dicen que el fabricante ofrece el bien que produce y acepta su responsabilidad al introducirlo en el mercado, mientras el consumidor o usuario acepta la propuesta mediante la adquisición final de aquél (López Cabana-Lloveras, "*La responsabilidad civil del industrial. Régimen de reparación de daños causados por productos elaborados*", en ED, 64-551 y sigtes.). En la misma línea, otros señalan la existencia de una conexión comercial entre todos los contratos de la red de comercialización (Nicolau, N, *ob. cit.*).

Una última tesitura se inclina decididamente por la exclusión en la discusión de la dicotomía "responsabilidad contractual - responsabilidad extracontractual", para lograr un salto cualitativo al ámbito de la responsabilidad en el derecho del consumo. Ello en virtud de que debe generarse una nueva visión de los problemas que el consumo plantea a lo jurídico, desprovista de conceptos



horneados para otra realidad (*Márquez, José F., ob. cit.*). Ésta idea fue recibida en una de los últimos fallos dictados sobre la temática por este Tribunal (*CNCiv., Sala H, "Bernia Alfredo c/ Nobleza Piccardo y otro s/ daños y perjuicios", del 16 de octubre de 2007*).

Ahora bien; en mi opinión, el estricto marco cognoscitivo en el que se inscribe el caso, como viéramos íntimamente vinculado con aspectos consumeriles, debe necesariamente trasuntar en la aplicación de las normas especiales para resolver la controversia. Pues, entiendo que esta es la manera que más se compadece con la debida interpretación restrictiva que debe dársele al instituto de la prescripción liberatoria y la forma de brindar seguridad jurídica en un tránsito jurisprudencial y doctrinal que como viéramos se ha presentado en forma heterogénea.

No empece a lo expuesto el resultado de los diversos dictámenes presentados por el Ministerio Público Fiscal en estos obrados, pues sabido en que los mismos no contienen carácter vinculante para los juzgadores.

Encontramos que la única norma de la Ley de Defensa del Consumidor que reguló desde su entrada en vigencia hasta la actualidad el instituto de la prescripción liberatoria es el art. 50.

Antes de detallar su contenido, y habida cuenta que la misma sufrió desde su entrada en vigencia distintas modificaciones





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

que conllevaron distintas interpretaciones por parte de la doctrina sobre su aplicabilidad a las acciones judiciales en general (leyes 26.361 y 26.994), me introduciré en el examen del punto de partida de la prescripción, pues la regla general que rige en materia de temporalidad es que los plazos que se encuentran corriendo se rigen por la ley que estaba en vigencia cuando comenzaron a correr (*Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Ed. Rubinzal Culzoni, p. 71*).

Ello me conduce a evaluar cual resultó ser el *dies a quo*; es decir, determinar el punto de partida del plazo de prescripción.

En este orden de ideas, frente a la anemia legal del estatuto consumeril al respecto y ante la ausencia de soluciones de otras normas subsidiarias, me inclinaré por resolver la controversia atendiendo a pautas de razonabilidad (arg. art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación). Veamos que el referido art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor nada dispone al respecto, mientras que los arts. 3956 del Código Civil y 2554 del Código Civil y Comercial, si bien acercan algunos parámetros de examen, los mismos son -en el caso- insuficientes (se establece que el plazo comienza a correr desde "*la fecha del título de la obligación*" o desde que "*la prestación es exigible*").



Entiendo, así, que habida cuenta las especiales características que reúne la concreta relación consumidor-fabricante, el hito configurante del plazo de prescripción tiene que estar dado por la idea de la "consolidación del daño".

El criterio de la apelante -en cuanto a que la prescripción de las acciones por daños sobrevinientes debe comenzar a correr desde que la víctima conoció o debió conocer, mediando una razonable diligencia, el daño que lo afectó- resulta de aplicación a supuestos situados fuera del derecho de consumo. Mas en este marco concreto -en el cual ubicamos a los perjuicios producidos por productos a consumidores- el análisis debe afinarse, pues los fundamentos, los principios y las normas reguladoras son diferentes (Márquez, José Fernando, "La responsabilidad por daños producidos por el tabaco. Dudas y propuestas", SJASJ 17/8/2005, cita online: 0003/011595).

Es que la circunstancia de que el consumidor sepa que el fumar es perjudicial para la salud no puede generar la presunción de conocimiento de una patología particular, como es el cáncer, el que se manifiesta por síntomas propios y no se desarrolla en todos los fumadores (Márquez, José Fernando, *ob. cit.*). En efecto, no parece razonable exigirle a un consumidor que ante síntomas menores -que tampoco pueden llevar necesariamente a una





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

patología mayor- realicen actos interruptivos de la prescripción.

Esta idea que enarbolara parte de la doctrina, encuentra apoyatura en el régimen francés, pues el actual artículo 2226 dice que la prescripción de la acción de responsabilidad nacida a raíz de un acontecimiento que haya producido daño corporal, promovida por la víctima directa o indirecta, comienza a prescribir desde la fecha de "*consolidación del daño inicial o agravado*" (cfr. Méndez Sierra, Eduardo Carlos, "*Régimen actual de la prescripción liberatoria en Francia*", LL22/04/2009, 3, cita online: AR/DOC/1148/2009).

Elocuentes son las palabras de un especialista en la materia como lo es López Herrera, quien ejemplifica la cuestión novedosa con el mismo supuesto con el que nos topamos. Así señala que no es lo mismo manifestación que consolidación del daño inicial. "*Supongamos que una persona que ha fumado durante muchos años pretende demandar a la tabacalera por el cáncer de pulmón que tiene. Si el criterio es el de "manifestación" todos los síntomas que haya tenido antes de contraer el cáncer, ej. tos, enfermedades respiratorias, insuficiencia pulmonar, son manifestaciones del daño y hacen arrancar la prescripción. Si hablamos en cambio de "consolidación" la cuestión es distinta, el cáncer es consolidación del daño inicial. Por*



más que el fumador haya tenido algunos síntomas, es sólo cuando el daño adquiere su máxima entidad que la prescripción empieza a correr" ("El nuevo régimen de prescripción liberatoria en el derecho francés", en RCyS 2008, 1315, LL 09/03/2009, 4, LL 2009-B, 897, Cita Online: AR/DOC/2372/2008).

Repárese que esta posición fue la dictaminada por el Sr. Fiscal Nacional a fs. 1007, en la que se sostuvo -con disímil giro argumental pero igual solución final- que la prescripción comenzaba cuando el causante se encontrara en condiciones de iniciar su reclamo y que ello fue con el respectivo diagnóstico de cáncer de pulmón.

Bajo la perspectiva propuesta, corresponde analizar las circunstancias fácticas arrojadas al proceso para acordar la fecha en que el Sr. Isabella Valenzi recibiera la noticia del cáncer de pulmón que le aquejaba.

Y en este punto acompañaré plenamente la trabajada decisión del anterior juzgador, en cuanto entendió que aquella fecha fue el 11 de octubre de 1995.

Ello si se atiende: 1) que el perito médico oncólogo desinsaculado en los autos sobre prueba anticipada (Expte. N° 41606/1998), Dr. Oscar Daniel Duarte, detalló que de la historia clínica del Sanatorio Quilmes S.A. oportunamente consultada surgía que la primera consulta fue realizada el 28 de septiembre de





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

1995, mientras que el diagnóstico de carcinoma de pulmón fue en la fecha *supra* indicada (remitiéndose a un protocolo anátomo patológico n° 4230/95); 2) que más adelante la perito médico legista designada en esta causa, Dra. Viviana Inés Sánchez, apuntó -sin que fuera impugnado por las contrarias- que del expediente antes citado se desprende que el causante en septiembre de 1995 consultó por la presencia de tos hemoptica (expectoración sanguinolenta) por la cual se solicitó la realización de una radiografía simple de tórax en la que se observó la presencia de una lesión en el pulmón izquierdo de cinco centímetros de diámetro compatible con el diagnóstico clínico de tumor de pulmón, conformándose la presunción diagnóstica con biopsia del 11 de octubre de 1995; y 3) que la coactora Quidi al absolver posiciones (fs. 1076 vta., 1ra posición) indicó que la enfermedad le llevó tres años.

En suma, si el término de la prescripción comenzó a correr el 11 de octubre de 1995 ante la consolidación del daño, resulta de aplicación lo establecido por el art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor en su redacción originaria (en vigencia desde el 15 de octubre de 1993 conforme fecha de publicación y lo establecido en el art. 65).

A dichas alturas, la normativa en cita reseñaba que "*Las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. La prescripción*



se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales”.

Aclararé, tal como lo hiciera el anterior juzgador, que también comparto la idea interpretativa más amplia; que la ley no sólo se refiere a las sanciones administrativas sino también a las acciones en general, por lo que el plazo de tres años modifica la prescripción decenal que es la regla en materia de acciones personales y la bianual en materia de responsabilidad por daños en los casos que prevé la ley (*Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo Luis, “Defensa del Consumidor”, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 378*).

Al ser que desde que el daño quedó consolidado hasta la fecha en que se cumplió el plazo previsto por el artículo mencionado no existió modificación legal alguna, es de aplicación la vieja ley en su redacción originaria (*en este sentido, Márquez, José Fernando, “Sobre la prescripción en el derecho del consumo. Aplicación temporal de la reforma al artículo 50 de la Ley 24.241 y otras miscélanas”, en RCyS 2012-VI, 206, cita online AR/DOC/1619/2012*).

6. En este contexto, debe advertirse que al 4 de mayo de 1998 se produjo la interrupción de la prescripción de la acción con el inicio de la causa seguida por el Sr. Isabella Valenzi contra -únicamente- Nobleza Piccardo S.A. sobre prueba anticipada (Expte.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

N° 41606/1998), que por el efecto del uso de la fórmula "*y/o quien resulte responsable de los daños y perjuicios sufridos por el actor*" (fs. 5) también alcanzó en sus efectos a Massalin Particulares S.A., contra quien se dirigiera posteriormente ésta acción.

En esta línea de ideas, si el *dies a quo* fue el 11 de octubre de 1995 frente a la consolidación del daño, si el plazo a aplicar es el de tres años del art. 50 de la ley 24.240, y si la interrupción de la prescripción se verificó el 4 de mayo de 1998 con el inicio de la causa sobre prueba anticipada, no cabe sino concluir que la excepción de prescripción respecto de la acción seguida *iure hereditatis* fue correctamente desestimada.

Finalmente, y en lo atinente al régimen de las costas de segunda instancia, propiciaré que las mismas sean establecidas por su orden (art. 68 del Código Procesal) habida cuenta la complejidad del asunto, las diversas posturas existentes en la materia, y en razón de que las codemandadas bien pudieron creerse con derecho a alzarse con el fallo que fuera impugnado.

V. Responsabilidad civil

1. Legitimación pasiva de las codemandadas

Como acto previo a adentrarme en las cuestiones fundales involucradas en este proceso, y como consecuencia de la prueba aportada al proceso, veo pertinente efectuar un



examen sobre la legitimación procesal de las tabacaleras demandas.

Reiteradamente se ha dicho que la calidad o legitimación para obrar es una condición que el juez debe examinar previamente al estudio de la "sustancia del asunto". Es deber del juez determinar en la sentencia si las partes se encuentran legitimadas para demandar y ser demandadas con independencia de la actitud que puedan haber asumido las partes.

Así se ha señalado que la calidad o legitimación para obrar es resorte y función investigadora de oficio del juez en la oportunidad de dictar sentencia, pues la calidad de titular del derecho del actor o la calidad de obligado del demandado es requisito necesario del fallo (*CNCiv., Sala A, "Veronese, Victorio Oscar c/ Paternostro, Hugo Ismael y otro s/ Cumplimiento de Contrato", del 12 de mayo de 2009, y las citas allí referenciadas*).

En el primer escrito presentado ante estos Tribunales con motivo de la acción que tenía por objeto producir prueba anticipada (Expte. N° 41606/1998), el Sr. Isabella Valenzi dirigió la acción únicamente contra Nobleza Piccardo S.A.I.C. y .F. por resultar responsable de la marca de cigarrillos "Jockey Club".

Con posterioridad, al iniciar las herederas la acción sobre daños y perjuicios, se amplió la nómina de demandados, incluyéndose





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

a British American Tobacco, Company Limited, Massalin Particulares SA, Philip Morris International, Philip, Morris Co. Inc., Argentina Holding Inc., y contra quien resulte civilmente responsable de la fabricación de los cigarrillos marca Derby, Jockey Club, Chesterfield, Le Mans, L&M y otras marcas que surjan de la prueba

En el transcurso del pleito la parte actora desistió de la acción dirigida contra British American Tabacco Company Limited, Phlip Morris International, Phllip Morris Co. Inc. y Argentina Holding Inc. (fs. 143 y 864). Así quedaron incólumes las demandas impetradas contra Nobleza Piccardo S.A.I.C. y .F. y Massalin Particulares S.A..

Esta última sostuvo que vendía cigarrillos Chesterfield, Le Mans y L&M, que por el contrario, jamás fabricó cigarrillos Derby y Jockey Club (fs. 829).

En este punto señalaré que coincidiré con el anterior juzgador en cuanto no se produjo prueba para acreditar que el Sr. Isabella Valenzi fumó en vida las marcas propias de esta última coaccionada (art. 377 del Código Procesal), lo que a la postre resulta fulminante de la procedencia de la acción contra ella.

Sí se acreditó, por el contrario, que consumía habitualmente la marca "Jockey Club" (elaborada y comercializada por Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. de acuerdo a fs. 2759).



Así surge del testimonio de Rene Marcelo Sorroza (fs. 26/27 del beneficio de litigar sin gastos n° 41.607/1998). También puede inferirse ello teniendo en cuenta las estadísticas sobre ventas de distintas marcas acercada por la Cámara de la Industria del Tabaco de fs. 2896/2899 (en ellas aparece que la marca líder del mercado a la fecha en que el Sr. Isabella Valenzi comenzara a fumar era "Jockey Club"), de lo enunciado por el propio causante al entablar la acción de prueba inicial, y de la prueba de absolución de posiciones (*vide* vigésimo cuarta de fs. 1076 vta.).

Por ello propondré al Acuerdo desligar a Massalin Particulares S.A. de la eventual responsabilidad civil achacable que se analizará en los próximos considerandos.

2. Norma aplicable y reglas sobre cargas probatorias

Resuelta tal cuestión, señalaré que entiendo que bajo el marco normativo aplicable al caso, el supuesto debe quedar regido por la letra del art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor (incorporada por la ley 24.999 en el año 1998).

En aquella norma se construyó un microsistema superador de la clásica división entre los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual, que además contiene una expresa imputación legal respecto de una cadena de legitimados pasivos, que es





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

más amplia que la que aporta el artículo 1113 del Código Civil cuando se refiere al dueño o guardián de la cosa (*Lorenzetti, Ricardo Luis, ob. cit.; Sozzo, Gonzalo "El estado actual de la problemática de los riesgos derivados del consumo. Dimensiones reparatoria, preventiva y precautoria", en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Consumidores 2009-1. Santa Fe. Editorial Rubinzal Culzoni, 2009, p. 367 y siguientes*). En esa expansión subjetiva pasiva que nos trae el artículo 40, aparecen expresamente consignados el fabricante y el titular de la marca, además del productor, el importador, el distribuidor, el vendedor y el transportista.

Debe tenerse presente, sin embargo, que no se atribuye responsabilidad al fabricante o productor por el sólo hecho de poner en el mercado productos cuyo consumo pueda provocar algún daño a la salud o integridad física del consumidor. Una disposición de esta naturaleza acabaría directamente con cualquier economía de mercado, desde que existen muchísimos productos cuya utilización es potencialmente dañosa a la salud de los consumidores, ya sea por su forma de utilización o bien por la cantidad y/o habitualidad que se emplee en su consumo (*Freire Aurich, Juan Francisco, ob. cit.*).

En este contexto, en lo concerniente a la carga de la prueba, y conforme a la aplicación de las reglas generales, la



demostración del defecto o causa generadora, junto al daño y la relación de causalidad, pesan sobre el perjudicado. Sin perjuicio de ello, se señala que la falta de prueba sobre el defecto del producto no libera automáticamente de responsabilidad a los proveedores, dado que éstos deberán demostrar, para eximirse, la inexistencia del defecto generador de la responsabilidad, la culpa del consumidor o de otra causa ajena. Esta postura se ve abonada por la reforma introducida por la ley 26.361, en su art. 53 -párrafo tercero- (*Picasso-Vázquez Ferreyra (dir.), ob. cit., T. I, p. 523*).

Claro que lo expuesto tampoco implica descartar el imprescindible diálogo integrativo de aquel microsistema de consumo con las reglas del propio sistema general. Así para arribar a una definición sobre el fondo del asunto, resultará necesario acudir y analizar los presupuestos de la responsabilidad, pero siempre desde la perspectiva de los daños en el derecho de consumo.

3. Presupuestos cuestionados por la tabacalera

Sentado ello, observaré que la más diversas publicaciones vinculadas con aspectos de la responsabilidad por parte de las tabacaleras repasan, además de cuestiones vinculadas con la ya resuelta excepción de prescripción, aristas relacionadas con los





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

distintos presupuestos que hacen a la teoría de la responsabilidad civil.

Ello tiene su razón de ser en que en la jurisprudencia nacional y extranjera se observa que las tabacaleras repiten el mismo esquema defensivo: esgrimen la licitud de la actividad desarrollada por la empresa y el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, advierten la ausencia de vinculo causal entre el fumar y el daño, aseveran la existencia de una asunción de riesgos por parte de la víctima como factor determinante, y plantean la posibilidad real por parte de los fumadores de abandonar el hábito.

La presentación inicial por parte de Nobleza Piccardo S.A.I.C.y F. (fs. 563/600), y también la contestación a los agravios vertidos por la coaccionante (fs. 3303/3309), no escapan -como veremos en los siguientes subtítulos- a dichos parámetros de resguardo.

4. Antijuricidad

En su escrito defensivo sostiene la tabacalera que no existe conducta antijurídica que le sea atribuible. Lo funda en la ley de impuestos internos (T.O por ley 24.674, A.D.L.A., LVI-C-3426), su decreto reglamentario n° 296/97 (A.D.L.A., LVII-B-1421), la Resolución General D.G.I. n° 991 (A.D.L.A. XXIV-C-2420) y posteriores modificaciones. El decreto n° 12507/44 (A.D.L.A. IV, pag. 289), ley n° 19.800 del Tabaco (A.D.L.A. XXXII-C-3441), ley n° 23.344 (A.D.L.A. XLVI-C-2617) y



su complementaria n° 24.044, normas nacionales, provinciales y municipales restrictivas del consumo de productos tabacaleros, habilitación por autoridad competente de establecimientos fabriles y de acopio de tabaco. Se asevera que de un acto lícito -como lo es la industria que ejercen las tabacaleras- no puede surgir obligación de indemnizar a terceros (arg. arts. 1066/7 y 1071 Código Civil).

No soslayo que la fabricación, la venta y el consumo de cigarrillos no son actividades ilícitas o antijurídicas. El legislador con conocimiento de los riesgos que entraña el fumar se ha limitado a imponer tributos que gravan fuertemente la industria tabacalera (ley de impuestos internos 24.674 y normas reglamentarias), a reglamentar la actividad (ley del tabaco n° 19.800, modificatorias y normas reglamentarias) y a restringir su publicidad (ley 23.344 y su complementaria ley 24.044) (*Freire Aurich, Juan Francisco, ob. cit.*).

Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que la nueva responsabilidad civil contiene una composición diferente a la anterior (arg. art. 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación), y el sistema funciona de otra manera: no hay tipicidad del hecho dañoso, sino que se ha utilizado una formulación abierta ("*alterum non leadare*") que permite atrapar cualquier modalidad de actuación que resulte en daño.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

Es decir que aspectado desde la acción y consecuencia, es antijurídico todo hecho que daña en la medida en que el daño no esté justificado, sin necesidad de que exista una expresa prohibición legal en cada caso (antijuridicidad material). Se relaciona ahora con la transgresión de valores y principios jurídicos (*Flah, Lily R. y Aguilar Rosana I, "Responsabilidad de las tabacaleras y el papel del estado en la protección de los derechos fundamentales. Cuestiones que se suscitan", Revista Chilena de Derecho Privado, n° 16, pp. 163/186*).

El "*alterum non laedere*" (o deber de no dañar a otros), al que la Corte Suprema a partir del precedente "*Santa Coloma*" le ha asignado jerarquía constitucional (art. 19, Constitución Nacional), es un principio madre.

Entonces al haber entrado en crisis la ilicitud, en cierta medida dentro del fenómeno resarcitorio se observa un desprendimiento del presupuesto de la antijuricidad como elemento autónomo e imprescindible del resarcimiento del daño producido.

Bajo estas ideas, remárquese que hoy en día no es una eximente de responsabilidad la autorización administrativa para la realización de cierta actividad riesgosa (arg. art. 1757 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Aun teorizando de esta forma sobre el estado actual de éste presupuesto de la responsabilidad civil, y admitiendo en



consecuencia que el cáncer de pulmón padecido por la víctima -en la medida que se presenten los otros requisitos - podría dar lugar a la indemnización, adelantaré que en el caso se verificaron concretas infracciones legales sobre las que ahondaré al momento de evaluar si existieron causas que determinaron la fractura del nexo causal.

5. Relación de causalidad

Brevemente recordaré que este recaudo exigido por la tradicional teoría de la responsabilidad civil se trata de un presupuesto de tipo físico-objetivo, y no subjetivo, que procura establecer una relación material entre antecedente (hábito de fumar) y consecuente (cáncer de pulmón), que es aprehendida por el Derecho para saber si un daño es efecto de un específico hecho anterior.

Como se dejara en evidencia en las resultas de este voto, en base a lo informado por el perito médico, Dr. Duarte, por lo también dictaminado por la especialista, Dra. Sánchez, y el criterio del Máximo Tribunal de que frente a varias posibilidades para determinar la causa hay que estar a la más probable, el anterior juzgador tuvo por acreditado el nexo causal entre el hábito de fumar y el cáncer de pulmón.

Aunque esta cuestión no fuera una temática especialmente reeditada en las expresiones de agravios, creo preciso -por la importancia que suele tener en la suerte de los





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

distintos pleitos iniciados por ex fumadores o sus familiares análogos al presente- adentrarme nuevamente en su análisis.

Adelantaré que la solución que propiciaré no es disímil a la razonada por el Sr. Juez de grado en su sentencia.

Evidente es que al ser el presupuesto en el que ahora nos introducimos una cuestión íntimamente vinculada con aspectos científicos y técnicos, se hace necesario examinar principalmente las pericias médicas presentadas en la causa, sin ello desmerecer lo que otros documentos de diversa índole puedan aportar para la dilucidación del tema.

El perito médico oncólogo, Dr. Oscar Daniel Duarte, en su dictamen presentado en los autos seguidos por el causante contra Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. sobre prueba anticipada (Expte. N° 41.606/98), manifestó que el paciente padecía a la fecha en que fuera examinado *"Adenocarcinoma de Pulmón"* (fs. 45 vta.). Sostuvo que el tipo histológico, de acuerdo a los conocimientos médicos vigentes a la fecha de la pericia, tenía como factor causal el hábito de fumar cigarrillos (fs. 46). Fundó tal apreciación en diversa bibliografía médica que detalló (*Medicina Interna, Farreras Rozman, Duodécima Edición, Volumen I y II, paginas 724, 725 y 2586; Shik N. y colaboradores, "Adenocarcinoma de pulmón en pacientes jóvenes" 34° Reunión Anual de la Sociedad Americana de Clínica Oncológica 1998;*



Medicina Interna, Kelley, Primera edición, Volumen II, paginas 2078, 2079 y 2130, American Journal Respiratory Critical Care Medicine, Febreri 1996, Volumen 153, páginas 861 a 865; "El uso de tabaco y su contribución a la mortalidad temprana por cáncer, con especial énfasis sobre el fumar cigarrillo", Environ Health Perspective, Noviembre de 1995, Volumen 103, páginas 131 a 142, National Cancer Institute; Cancer Principales and Practice of Oncology, Vincent DeVita, Samuel Hellman y Steve Rosenberg, Quinta edición en ingles, paginas 240 y 241, año 1997) (fs. 45 vta.).

Explicó el galeno que históricamente se sostenía que no existía relación -o había muy poca influencia- entre el cáncer de pulmón de tipo histológico adenocarcinoma y el hábito de fumar cigarrillos. Dijo que en varios centros comenzaron a recopilar datos epidemiológicos, respecto de la asociación entre el fumar cigarrillos y el adenocarcinoma de pulmón, los cuales demostraron una doble asociación: 1) El humo del cigarrillo produce lesiones en el epitelio bronquial de tipo irritativas, por la acción crónica de sustancias que se encuentran en él, productoras de bronquitis crónica. Estas últimas producen cicatrices, reconversión de las vías aéreas en espacios no funcionales (enficemas), hiperplasia de los neumocitos y fibrosis en el epitelio pulmonar que son la base conocida





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

hasta 1990, como los factores predisponentes más importantes. Por lo cual con lo que hasta allí se sabía el humo del cigarrillo actuaría indirectamente en el adenocarcinoma de pulmón. Detalló, no obstante, que con los conocimientos vigentes a la fecha de la pericia (1998) se sabía que además de la acción indirecta, existe una acción directa producto de la mutación temprana de un oncogen denominado K-ras, el cual al activarse produciría carcinogénesis que conduciría al adenocarcinoma de pulmón, activación que se produce por la exposición de los carcinógenos del humo del tabaco, como inductor de los puntos de mutación del oncogen K-ras, esto ha sido confirmado por estudios prospectivos, demostrando una activación temprana e irreversible del oncogen mencionado, el cual desencadenaría los eventos que llevan al adenocarcinoma (fs. 46 vta).

Aquella conclusión, entiendo, aparece reñida con la posterior experticia presentada por la perito médica legista, Dra. Viviana Inés Sánchez.

En efecto, obsérvese que aquella especialista reseñó que la evaluación global del paciente y los estudios complementarios de diagnóstico no permitían establecer el tipo histológico, pues aquel es analizado de ordinario por los especialistas en anatomía patológica (fs. 3083 vta.). En aquella línea apreció que no existe ningún criterio clínico, patológico o radiológico que permitiera



diferenciar un cáncer de pulmón supuestamente causado por el fumar de otro que pueda haber sido por otros factores de riesgo (fs. 3085). Pues, según lo expuso, el adenocarcinoma es el tipo de alrededor del 40% de los cánceres de pulmón, que *“ocurre principalmente en personas que fuman o han fumado, pero también es el tipo más común de cáncer de pulmón observado en las personas que no fuman”* (fs. 3086). Así se concluye que sin estudios genéticos de la pieza no se puede afirmar en forma excluyente que la causal de la lesión neoplásica fue sólo y por causa directa el hábito de fumar (fs. 3097 vta.).

Las diferencias entre uno y otro informe dejan evidenciado otro de los repetidos inconvenientes con lo que se han enfrentado los demandantes/fumadores contra la industria tabacalera (*vide referencias de Prieto Molinero, Ramiro J., “Fumadores, cigarrillos, tabacaleras y responsabilidad civil”, cita online: AR/DOC/3880/2015 y Werlen, Cristian, “Daños causados por el consumo del cigarrillo. Una cuestión actual”, en RCyS 2010-VIII, 34, cita online: AR/DOC/5094/2010*); esto es, la dificultad para establecer con precisión la relación material/médica de causalidad.

La discordancia conclusiva que se colige de sendos dictámenes periciales me conduce a recordar que cuando -como en el caso- es dificultoso esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, el juez,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

puede recurrir a criterios de probabilidad (*De Ángel Yagüez, R., "Elementos o presupuesto de la responsabilidad: La relación de causalidad", en Sierra Gil De La Cuesta (coord.), "Tratado de la responsabilidad Civil", Ed. Bosch, Barcelona, 2008, t. III, p. 413*).

En efecto, nuestro derecho así lo habilita al enrolarse en la llamada teoría de la causalidad adecuada, según la cual la causa se identifica con la condición "*que según el curso natural y ordinario de las cosas*" se considera idónea para producir un determinado resultado según la experiencia previa (arg. art. 1726 del Código Civil y Comercial de la Nación y art. 902 y concordantes del Código Civil).

En tal sentido, el sistema de causalidad adecuada, cuando no hay certeza sobre el nexo material, permite discurrir por el sendero de la causalidad jurídica.

Así, el juez debe conceptuar este especial vínculo en base a aquellos datos compaginados que le aporte su propia observación (adecuación al relativismo dimensional) y con el recorte que produce la noción de lo justo (*Lorenzetti, Ricardo L., "Responsabilidad Civil de los Médicos", Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, T. II, p. 117*).

Véase que la doctrina y la jurisprudencia no son tan exigentes, como antes, con la prueba de la imputación física o



material. Si bien en sentido estricto no puede hablarse de presunciones de causalidad, en algunos casos debe presumirse en cierta medida la adecuación de las consecuencias (*Bueres, Alberto J., "La responsabilidad civil de los médicos", Hammurabi, p. 50, en Nicolau, Noemí L., ob. cit.*).

Véase que a esta morigeración en la prueba de la relación causal se hace referencia concreta al indagar este presupuesto en materia de productos elaborados (*Sprovieri, Luis y Dell'Oca, Gastón, "Relación de causalidad y daños por productos", en JA 2013-IV, cita online AP/DOC/2668/2013*).

De modo que frente a la indefinición con la que me enfrento respecto de la real causa médica del cáncer que padeció el Sr. Isabella Valenzi, entiendo que debo recurrir a mecanismos que permitan establecer jurídicamente los motivos del diagnóstico y enfermedad que el causante padeció hasta su deceso.

Tales cuestiones me imponen el estudio integral de las circunstancias que operan en torno al fenómeno del tabaquismo.

La Organización Mundial de la Salud dice que un factor de riesgo es cualquier rasgo, característica o exposición de un individuo que aumente su probabilidad de sufrir una enfermedad o lesión (fs. 3084 vta.). En la estricta problemática que nos ocupa (cáncer de pulmón), los factores que tienen relación son





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

tres: los genéticos, la exposición a químicos o tóxicos, y la radiación (fs. 3085).

Respecto del primero de ellos diré que en la respectiva historia clínica no se habrían efectuado referencias respecto de antecedentes generales o hereditarios del causante (fs. 3090 vta. y 46 de la causa sobre prueba anticipada -Expte. n° 41606/98) que permitan en el caso atribuirle una incidencia determinante a dicho factor.

Me detendré, así, en aquellos en lo que en esta causa cobran especial dimensión, al haber apuntado la perito que para resolver la cuestión que *"Solo puede estimar la asociación al hábito tabáquico y actividad laboral"* (fs. 3092).

Veamos. La ciencia indica que los productos químicos que se encuentran en el humo del cigarrillo -y que se han demostrado como factores carcinógenicos- son el arsénico, níquel, cromo, cadmio, plomo, cloruro de vinilo, naftilamina, nitrosaminas, benceno, benzopireno, etc. En efecto, los trabajos actuales han demostrado más de cuarenta componentes con riesgo carcinogénico en el humo del cigarrillo (fs. 3085 vta.).

Así, se señala que hay varios factores que pueden hacer que aumenten las posibilidades de padecer cáncer de pulmón, pero el tabaquismo *"(...) es el factor de riesgo más importante (...)"* (fs. 3085 vta.). En efecto, el hábito de fumar es uno de los principales factores de riesgo



para desarrollar el cáncer de pulmón. En los fumadores aumenta tres veces el riesgo de padecer la patología en relación a la población en general (fs. 3092).

Entiendo que en estos tiempos no existen mayores dudas que epidemiológicamente el hábito del tabaco se encuentra asociado con el cáncer de pulmón. Las constancias de la causa son ilustrativas al respecto, más allá de que esto sea de antaño de conocimiento público (fs. 3085, entre otras).

Aunque la perito sostuviera que globalmente se puede afirmar que el 90% de las personas que fuman no desarrollan cáncer de pulmón (fs. 3086 vta.), destacaré que también enunció que *"... se estima que el 80% de las muertes por cáncer de pulmón en hombres (...) se relaciona con el hábito tabáquico"* (fs. 3092 vta.).

Aclararé que el razonamiento que cabe clarificar para establecer la existencia del requerido nexo causal no pasa por determinar si un fumador a futuro padecerá cáncer de pulmón, sino -más bien- si puede señalarse que la enfermedad ya constatada en el caso en concreto tiene su vinculación con el tabaquismo. Y estimo que la respuesta a aquel planteo la brinda la segunda estadística.

Estas cuestiones apuntadas, por más generales que aparenten, no pueden ser perdidas de vista a la hora de examinar el presupuesto





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

de la responsabilidad en examen a la luz de la pauta legal de adecuación referenciada.

Recurriendo a un plano más particular, la perito explicó también que el riesgo sobre el que nos venimos expidiendo quedará vinculado con el número de cigarrillos fumados por día por el consumidor, la duración del hábito a lo largo de la vida, la edad de iniciación de éste, y con otros factores como grado de inhalación, contenido de nicotina, alquitrán de los cigarrillos, y demás sustancias químicas (fs. 3092; vide en sentido similar fs. 46 de la causa sobre prueba anticipada -Expte. N° 41606/98-).

Las primeras pautas enunciadas que aumentan la posibilidad de padecer una afección como la que aquí se analiza se verifican ampliamente en el historial del sujeto objeto de nuestro estudio. Es que a fs. 2676 se glosó ficha médica del Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario del que surge que el 28 de marzo de 1984 el actor se atendió ante el sector de neumonología, presentando "tabaquismo" desde los 17 años (se asienta: "17-32"). Allí se dejó constancia que el Sr. Isabella Valenzi fumaba hasta 30 cigarrillos cada día y que era tosedor crónico desde hacía más de 5 años.

Tomando esos parámetros puede afirmarse, con apoyo en múltiples estudios científicos, que la acción de fumar con aquellos alcances, en un elevado porcentaje de



casos determina la formación de un cáncer pulmonar. Es decir que en muchos casos puede existir un *“serio y razonable criterio de probabilidad científica, aunque por supuesto no haya certeza absoluta”* (cfr. *Lucchiani Guastalla, Emanuele, “El daño causado por el consumo de tabaco en la experiencia italiana”, Revista Jurídica de la UCES, Volumen 10, p. 18*).

Por otro lado también se destaca en la pericia que la exposición en el lugar del trabajo a las fibras de asbesto es un importante factor de riesgo para el cáncer de pulmón. Se fundamenta aquello con que los estudios han encontrado que las personas que trabajan expuestos a dicha sustancia tienen una probabilidad varias veces mayor de morir de cáncer de pulmón. Se aclara también que el riesgo es mucho mayor cuando esa clase de trabajadores también fuman (fs. 3086).

Esta afirmación cobra relevancia en el caso puesto que se acreditó que el Sr. Isabella Valenzi tuvo como oficio el de *“plomero y gasista”* (acta de defunción de fs. 87, 84 y 102, posición número 16 de fs. 1076, constancia de Sistema Registral de AFIP de fs. 1348). Es que aquella actividad se puede relacionar con predisposición a desarrollar patología oncológica por exposición al asbesto.

No obstante ello, creo pertinente tener en cuenta dos circunstancias, a mi modo de ver, no menores.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

La primera, que no siempre se dedicó a la actividad señalada. Rene Marcelo Sorroza, quien refirió haber trabajado con el occiso en el Ferrocarril Belgrano, dijo -a julio de 1998- que el Sr. Isabella Valenzi se había adherido al retiro voluntario hace cuatro años (fs. 26/27 del beneficio de litigar sin gastos n° 41.607/1998). Por su parte Julio Rene Galván, sostuvo que lo dejaron al causante sin trabajo, sin recordar exactamente la fecha, pero que habría sido en el '90 (fs. 28/29 de la misma causa).

La segunda, que la mayor vinculación de aquella sustancia es con el desarrollo de mesotelioma (tumor maligno de pleura) y en menor medida con el cáncer de pulmón (fs. 3090 vta.).

En tal sentido, analizando las circunstancias personales de la víctima, el factor de riesgo-tabaquismo parece tener una incidencia sustancialmente mayor que el condicionante relacionado con la actividad laboral.

En suma, las afirmaciones de la experta desinsaculada en la causa, estudiadas desde facetas tanto globales como personales, me conducen a conformar la razonable convicción de que -en este concreto supuesto sometido a esta jurisdicción- el hábito del consumo de cigarrillos puede ser vinculado con el cáncer de pulmón que padeció el Sr. Isabella Valenzi.

6. Fractura del nexo causal



Sorteada tal cuestión, pasaré en este capítulo a entender sobre la posible existencia de una causa ajena (art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor) que quiebre el vínculo causal *supra* examinado.

Es así que el estudio de la figura de la asunción de riesgos cobra esencial importancia; esto es, evaluar si la exposición por parte de la víctima a una situación de riesgo tiene trascendencia en la solución del caso.

Como ya fuera reseñado, este fue el fundamento central tenido en miras por el anterior sentenciante para considerar que la demanda entablada por los familiares del difunto Sr. Isabella Valenzi debía ser desestimada.

En efecto se sopesó que era de público conocimiento que ya desde hace años cualquiera que consume cigarrillos conoce que asume un riesgo. En tal sentido sostuvo que el principio que prevalece es la conducta de la propia víctima (punto III.A. de la sentencia de primera instancia).

Contra este aspecto medular del fallo es que se alzan las accionantes en el escrito de expresión de agravios, al sostener que los demandados no han logrado probar fractura alguna del nexo causal, ya que a todo evento, debieron probar algún problema concreto y único del causante que lo llevó al hábito.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

Aclararé que desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación la noción de *"asunción de riesgos"* (art. 1719) queda encuadrada ya en la faz de la causalidad, de lo que se sigue que únicamente quedara eximido de responsabilidad el creador del riesgo si se configura un hecho del damnificado que quiebre total o parcialmente el nexo de causalidad.

Ello me traslada a efectuar una concisa consideración que a la postre hará las veces de prisma por el cual deberá pasar el examen de influencia del hecho de la víctima en el resultado final.

A la ya conocida idea de que en el ámbito del derecho de consumo el hecho de la víctima -como factor de eximición de responsabilidad- debe ser interpretada restrictivamente (*arg. CSJN, "Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A."*, del 22 de abril de 2008), debe agregársele que las nuevas corrientes en la materia vigorizan aquel rigorismo.

Esta circunstancia a la que hago referencia es el hecho de que recientemente los fumadores, como categoría social genérica, fue catalogada por el Dr. Lorenzetti (CSJN, *"Nobleza Piccardo SAICYF c/ Santa Fe, Provincia s/ acción declarativa de inconstitucionalidad"*, del 27 de octubre de 2015) como *"un grupo especialmente vulnerable, en tanto -para muchos de ellos- el hábito de*



fumar se ha transformado en una adicción". Añado que en mi opinión ello es así, máxime cuando es públicamente conocido que varios de los fumadores que padecen la enfermedad tabáquica comenzaron con el hábito a una temprana edad (en nuestro supuesto a los 17 años).

Claro que cuando nos encontramos con una categoría como la mencionada debe acentuarse el principio protectorio. Así la hipervulnerabilidad será estándar de evaluación en materia de información y seguridad, como así también al analizar la publicidad y otras prácticas comerciales. Esta especial atención debe perfilarse tanto en la faz preventiva del Derecho de Daños, como en la faz resarcitoria, a la hora de evaluar los presupuestos de la responsabilidad, en especial, en lo relativo a la ruptura del nexo causal y los eximentes de responsabilidad (*Barocelli, Sergio S., "Consumidores hipervulnerables. Hacia la acentuación del principio protectorio", LL 23/03/2018, cita online AR/DOC/523/2018*). Esta moderna posición ha quedado refrendada profusamente en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor (art. 3, 5, 8, 10, 13, 19, 23, 37, 80, 170 y concordantes).

Aclaradas las reglas que regirán el análisis de la eximente de responsabilidad "*hecho de la víctima*", volverá sobre la temática más particular de la asunción de riesgos.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

Se ha dicho que si esta cuestión es controvertida desde la óptica del derecho común de la responsabilidad, debe ser cuidadosamente analizada en el plano del derecho del consumo, teniendo en cuenta las particularidades que determina la finalidad tuitiva de este subsistema (*Marchand, Silvina, Parellada, Carlos A., Burgos, Débora, "La asunción del riesgo ¿Causa eximente o de justificación?", LA LEY 08/09/2009, 08/09/2009, 1 - LA LEY2009-E, 1065, Cita Online: AR/DOC/3105/2009*).

Se ha llegado al extremo de sostener, con criterio que no comparto, que en virtud de la obligación de seguridad y el deber de información que consagran los arts. 4, 5, 6, y arg. Art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor no puede recibir aplicación la figura de la asunción de riesgos (*XXII Jornadas Nacionales de derecho Civil. V Congreso Nacional de Derecho Civil. Comisión de Daños. "Asunción de riesgos"*). A mi modo de ver, las particularidades del ámbito en el que se inscribe el supuesto, debe importar que los proveedores cumplan con alta diligencia los estándares informativos y de seguridad a su cargo.

Sentado ello señalaré que el estudio de lo esgrimido correrá por dos carriles: el del aspecto cognoscitivo y el de la faz volitiva. Es que son lógicos requisitos para que puedas considerarse asumido el riesgo generado por otro que la intervención de la



víctima se de en un marco de pleno o cabal conocimiento del riesgo y que la exposición al peligro por parte de la víctima sea voluntaria -es decir, con discernimiento, intención y libertad- (cfr. *Caputto, María Carolina, "Asunción o aceptación de riesgos", LA LEY 12/05/2014, 12/05/2014, 10 - LA LEY2014-C, 173, Cita Online: AR/DOC/1227/2014*).

Conforma una parte significativa de lo actuado en estos obrados los esfuerzos efectuados por las tabacaleras demandadas tendientes a la acreditación de la existencia de un conocimiento previo por parte de la población en general de los peligros intrínsecos que implicaba el iniciarse en el hábito en cuestión.

En efecto se acompañan en lo extenso de esta causa textos relativos a que el tabaco fue conocido por el hombre europeo a partir del descubrimiento de América, artículos sobre que inmediatamente se adoptó la costumbre de fumar copiándola de los indígenas, informaciones atinentes a la discusión acerca de sus posibles efectos sobre la salud humana de antigua data, publicaciones en diarios de amplia circulación que acreditan que dicha discusión llegaba a la población desde la década 50', planes de estudio de escuelas primarias y secundarias en las que se incluía la temática del tabaquismo, y la historia legislativa sobre el tratamiento de esta problemática en diversas épocas (fs. 1122/1306, 1352, fs. 1324, fs. 1334, fs. 1593,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

fs. 1641/2, fs. 1711, fs. 1728/2205, fs. 2236, fs. 2800/1, fs. 2892, entre otros).

Se torna preciso, entonces, determinar si la información existente al momento en que el causante comenzó a fumar era suficiente para entender verificada la faz cognoscitiva requerida como presupuesto de existencia de la asunción de riesgos.

Este requerimiento es relevante desde que la propia Constitución Nacional enviste a los consumidores con el derecho a ser informados de manera adecuada y veraz (art. 42 CN, según reforma del año 1994). Dicha cláusula constitucional ha quedado debidamente traspolada principalmente en el art. 4 de la ley de Defensa del Consumidor. Se apunta, en definitiva, a que los consumidores puedan prestar un consentimiento para contratar el producto o servicio que sea reflexivo (*Farina, Juan M, "Defensa del Consumidor y del Usuario. Comentario exegético de la ley 24.240, Astrea, p. 7).*

Debe repararse en que existen en la doctrina y jurisprudencia distintas posturas.

Algunos sostienen que es una regla aceptada unánimemente que no será necesario advertir sobre riesgos patentes que, en un principio, cualquier persona conoce (*Rubi Puig, Antoni, Piñeiro Salguero, José, "Muerte de un niño asfixiado con un caramelo: Comentario a la STS, 1ª, del 10 de junio de 2002, Indret, 1/2003, p. 4, en Pierto*



Moliner, Ramiro J., "Fumadores, cigarrillos, tabacaleras y responsabilidad civil", LL 09/11/2015, cita online: AR/DOC/3880/2015; CNCiv., Sala H, "S.A. c/ Massalin Particulares S.A.", del 22 de junio 2005; CNCiv., Sala H, "Bernia, Alfredo c/ Massalin Particulares S.A." del 8 de octubre de 2007). Otros, en cambio, sostienen que el derecho y deber de informar no juegan de una manera tan liberal, sino que es importante que el productor brinde de manera cierta y objetiva información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los productos. En tal sentido, afirman que dicha información no puede ser suplida por el conocimiento que tuviera el consumidor, pues si no se brinda información se viola la ley (Márquez, José Fernando, en RCyS 2007-CII, 66, citado por Werlen, Cristian, ob. cit.; Tribunal Supremo de Estados Unidos, en caso "Cipollone" citado por Hersalis, Marcelo, Magri, Eduardo, Martínez Garabino, "El daño generado por el consumo de tabaco", DJ2004-3, 615, cita online: AR/DOC/2396/2004).

Dentro de esta última tesitura, una corriente advierte que la leyenda "el fumar es perjudicial para la salud" (inserta desde el año 1986 por medio de la ley 23.344) es una previsión suficiente que satisface el deber de información (Freire Aurich, Juan Francisco, ob. cit.; Mosset Iturraspe, Revista de Derecho de Daños n° 5, "El daño originado por el





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

consumo de cigarrillo: su prueba", Ed. Rubinzal Culzoni, p. 24), mientras que otros aducen que aquello es insuficiente (Márquez, José Fernando, "La responsabilidad ...", ob. cit.) y que recién se vio satisfecho adecuadamente aquel deber a partir de que las tabacaleras cumplieran con la manda del art. 10 de la ley 26.687 del 2011 (JCCom. De Mar del Plata, "Laspada, Hugo c/ Massalin Particulares S.A. s/ daños y perjuicios" del 5 de agosto de 2016, IJ-CVC-751).

No abrigo mayores dudas sobre la posición que se debe asumir al respecto. En efecto entiendo que las tabacaleras no debieron mantenerse pasivas por esos entonces en su deber de informar (art. 4 de la Ley de Defensa del Consumidor).

Aunque para justificar lo antedicho sería suficiente remitirse al especial marco protectorio que debe hacer las veces de guía para la solución de estos pleitos, quiero hacer notar que conforme la Organización Panamericana de la Salud una encuesta del año 1977 obtuvo como resultado que el 53,7% de los fumadores masculinos consideraban que el consumo de tabaco "no era peligroso". Esta proporción aumentaba al 75% entre hombres con educación inferior a enseñanza secundaria (fs. 2361). Adviértase, en tal sentido, que el Sr. Isabella Valenzi tendría únicamente estudios primarios (fs. 1076 vta., fs. 2622, y fs. 3038/3060).



Se podrá alegar que las normas consumeriles no se encontraban vigentes a la época en que el causante comenzara con el hábito. Empero las distintas disquisiciones que puedan formularse al respecto devienen en intrascendentes.

Debe tenerse presente que las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata. La norma del art. 7 del Código Civil y Comercial está estructurada sobre la base de una razonable aplicación del principio protectorio propio del Derecho del Consumo. Se indicó que los fundamentos del proyecto señalaron que es de presumir que la nueva ley mejora según lo justo la derogada y que el legislador la sanciona de acuerdo a lo que parece más razonable según los cambios sociales o las practicas negociales (*Kemelmajer de Carlucci, Aida, ob. cit., p. 60*).

Forzoso es concluir entonces que al momento de fallar sobre la pretensión resarcitoria en la materia se debe aplicar de manera inmediata las disposiciones del nuevo ordenamiento. Es decir, que por tratarse de un caso de responsabilidad civil derivada de una relación de consumo, deberá fundarse la sentencia en la legislación específica en la materia y en las normas que más favorecen al usuario, con prescindencia del momento en que acaeció el hecho generador (*Luft, Marcelo, "La aplicación inmediata del nuevo Código a los*





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

juicios sobre responsabilidad en las relaciones de consumo" LL 22/02/2016, 9, cita online: AR/DOC/4200/2015).

Aun obviando tal temperamento diré que no es posible deslindarse de responsabilidades desconociendo tan elemental principio general del derecho como lo es el de la buena fe. Es que como tiene dicho la jurisprudencia, el axioma supremo y absoluto que domina todo el derecho de las obligaciones es que todas las relaciones -en todos los aspectos y en todo su contenido- están sujetas al imperio de la buena fe que se eleva a la categoría o rango de principio general (*cfr. CNCiv., Sala F, "Aldana Acosta, Fulgencio c/ Camba Fernández, Consuelo" del 14 de agosto de 1986 citada por Córdoba, Marcos, "Tratado de la buena fe en el derecho", LL, p. 455).*

Agregaré además que a mi modo de ver el conocimiento del riesgo debe abarcar sus distintas facetas, y en tal sentido -apartando del análisis la perjudicialidad del tabaco para la salud- hallo una idea ciertamente difusa a la época en que el Sr. Isabella Valenzi comenzara a fumar sobre otra característica relevante del riesgo: esto es, la posible adicción que genera (*vide las noticias de la época de fs. 1369/1593).*

Pero ello no es todo. Tampoco puede perderse de vista la influencia activa de la publicidad en la iniciación en el hábito de fumar (*Tye, J., Warner, K. y Glantz, S.,*



"Tobacco Advertising and Consumption: Evidence of a Causal Relationship", *Journal of Public Health Policy*, Vol. 8, No. 4, 1987, pp. 492-508; Botvin, G. et al., "Smoking Behavior of Adolescents Exposed to Cigarette Advertising", *Public Health Report*, March-April 1993, Vol. 106, No. 2, pp. 217-224; Davis, R., et al., *The Role of the Media in Promoting and Reducing Tobacco Use*, capítulo 7, *Influence of Tobacco Marketing on Smoking Behavior*, pp. 211-291, U.S. Department of Health and Human Services, National Institutes of Health, National Cancer Institute Tobacco Control Monograph Series, Monograph n° 19, 2008, en <http://www.cancercontrol.cancer.gov/tcrb/monographs/19/monograph19.html>.

29) Hersalis, M., Martínez Gabrino, C., y Magri, E. O., "El daño generado por el consumo de tabaco", *Doctrina Judicial*, 2004-3, p. 625; Werlen, C., "Los daños causados por el consumo del cigarrillo", *LLLitoral* 2010 (mayo) 05/05/2010, 352, en Rios, Guillermo C. "Cigarrillos, publicidad e información al consumidor", id SAIJ: DACF120163; la Dra. Sánchez también refirió a fs. 3088 vta. que la publicidad tenía influencia negativa) y su vinculación con la información.

No soslayo las diferencias entre información y publicidad. La primera apunta a ilustrar, a iluminar al discernimiento, a aportar datos objetivos, veraces y suficientes al consumidor respecto de los bienes o





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

servicios ofrecidos, y la segunda orienta esfuerzos a la persuasión, la seducción y a la captación del público (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Publicidad y consumidores", en RDPyC 1994-5-66.).

Pero ello no puede importar desconocer que en cierto punto ambas ideas entran en contacto. En los hechos, el derecho del consumidor a recibir una información adecuada que le permita hacer elecciones bien fundadas, viene sistemáticamente vulnerado a través de técnicas de comunicación y en especial las publicitarias, llenas de sugestión pero escasas de información, encaminadas hacia la persuasión, como mecanismos motivantes o incitadores del consumo, más allá de la satisfacción de necesidad. Deformando la opinión del consumidor le impide seleccionar racionalmente el producto o servicio. Restringe pues la espontaneidad de su elección; relativiza su poder de decisión, su libertad de contratar (*Santella López, M, "Protección jurídica de los consumidores y contratación", DJ Madrid, 1977, n° 16, p 14 en Stiligtz Gabriel, "Daños al consumidor: publicidad, información y cláusulas abusivas" en Trigo Represas, Félix, "Derecho de Daños", p. 225).*

En efecto, creo que puede enmarcarse a la publicidad del tabaco dentro del subtipo de publicidad abusiva: aquella que -entre otras cuestiones- puede llevar a la adopción de conductas lesivas para la propia salud. Es



sumamente importante alertar sobre este tipo de publicidades ya que, la intervención de los medios masivos de comunicación en la interacción social, pueden provocar conductas de riesgo (*Lovece, Graciela, "Daños derivados de la publicidad", en Gherzi, Carlos, "Tratado de daños reparables", T. II., LL, p. 53*).

Entiendo que este tipo de publicidades -en especial a las anteriores a la sanción de la ley- desdibujaba el conocimiento público sobre la nocividad de los riesgos del cigarrillo (como tipo de información existente en la época), sin que el consumidor tuviera certera "claridad" (art. 4 de la Ley de Defensa del Consumidor) de los peligros de la práctica.

A la luz de la publicidad promovida por las empresas tabacaleras, consistente en "asociar el fumar a circunstancias placenteras", el razonamiento es que el mensaje que el consumidor recibe es contradictorio, ya que las advertencias existentes cohabitaban con formas publicitarias destinadas a exaltar el placer derivado del consumo (*con similares ideas se expresa Ríos, Guillermo C. "Cigarrillos, publicidad e información al consumidor", id SAIJ: DACF120163; en similar sentido argumenta Márquez, José Fernando, "La responsabilidad por daños producidos por el tabaco. Dudas y propuestas", SJASJA 17/8/2005, cita online 0003/011595*). Es decir, el solo hecho de decir que fumar es perjudicial para la





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

salud, era absolutamente insuficiente frente a la atrapante publicidad.

Es decir que no puede afirmarse con certeza que existiera un conocimiento acabado de la perjudicialidad, tampoco puede sostenerse que aquel conocimiento abarcara una nota relevante del riesgo como es el de la dependencia, y por último, la publicidad de la época disminuía en claridad la información global existente.

En la línea que vengo propiciando se pronunció el jurado de Jacksonville en el Estado de Florida en el marco del caso "Grady Carter". Se consideró que la empresa tabacalera no había anunciado en grado suficiente los perjuicios que trae aparejado el tabaco, induciendo a su consumo con su publicidad (ello no obstante los anuncios y la idea más o menos difusa de la víctima acerca de su nocividad) (*citado por Hersalis, Marcelo, Magri, Eduardo, Martínez Garabino, ob. cit.*).

No quiero seguir avanzando sin antes advertir una circunstancia más que me condujo a adoptar el temperamento que en este voto vengo desarrollando.

Aclaro que lo hago en este estadio del voto porque la siguiente consideración resulta afín con el conocimiento de los riesgos y la publicidad.

Esto es que a pesar de que las primeras correlaciones estadísticas efectuadas estableciendo una vinculación entre el tabaco y



el cáncer data de la década del '30 en Alemania (*Viguri Perea, Agustín, "La responsabilidad civil derivada del consumo de tabaco", Revista de Actualidad Civil n° 46, en Hersalis, Marcelo, Magri, Eduardo, Martínez Garabino, ob. cit.; Prieto Molinero, Ramiro, ob. cit.*), que los primeros análisis y estudios científicos conducidos por las tabacaleras datan de los '60 (*Lucchiani Guastalla, Emanuele, ob. cit., p. 20*), y sin perjuicio de la alta tasa de mortalidad que el consumo de tabaco conlleva y reflejaban los datos de la época, las tabacaleras decidieron presentar al público masivas campañas publicitarias -como ya viéramos abusivas- dirigidas a captar mayor número de consumidores (a los distintos documentos que avalan esta afirmación me remito).

Esto también me conduce a preguntarme acerca de cuáles son las implicancias de la actitud asumida por quien introduce un riesgo en la sociedad en los términos anotados y creo que en un caso como el presente no es razonable invocar de buena fe la defensa de asunción de riesgos (*cf. Van Dam, C., "European Tort Law", Oxford University Press, UK, 2013, p. 256, quien cita para fundamentar su postura el BGB Alemán en su art. 242, en Molina Sandoval, Carlos A., "Asunción de riesgos", LL 26/02/2018, cita online: AR/DOC/314/2018*).

También diré que las argumentaciones blandidas por la tabacalera, relativas a la





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

posibilidad cierta de que el causante pudiera - por su propia voluntad- dejar de fumar en el transcurso del hábito, carecen de validez para desvirtuar el nexo causal antes referenciado.

Claro que ante la falta de estudios personales sobre la personalidad de base del Sr. Isabella Valenzi por su prematuro fallecimiento (fs. 3086 vta.) deberé recurrir a pautas científicas que gobiernan la cuestión en la generalidad de los casos.

Aunque los informes estadísticos marquen que aproximadamente el 90% de los ex fumadores dejaron de fumar sin ningún programa de tratamiento, y que en consecuencia se sostenga que la decisión de dejar de fumar es propia e individual de la persona, no puede perderse de vista que la concreción de ello puede estar influenciado por la dependencia (fs. 3087 vta.).

Se reconoce al tabaquismo como una enfermedad que involucra tanto la dependencia física como psicológica a la nicotina. La condición del fumador tiene la característica de poder ser abandonada sin mayores dificultades en etapas iniciales o en personas que fuman poco u ocasionalmente, pero en el fumador regular (como fue el caso del Sr. Isabella Valenzi) se desarrolla una adicción progresiva a la nicotina que dificulta marcadamente o hasta "impide" la cesación del consumo, de manera que ya no se trata de un hábito sino de una enfermedad adictiva (fs.



3087; vide "La medicina explica por qué es tan difícil dejar el cigarrillo" -noticia La Nación- de fs. 2280).

Sin desconocer que algunos problemas vinculados a la adicción puedan ser revertidos con medicación (fs. 3087 vta.), apoyo profesional y continuidad del tratamiento (fs. 3088 vta.), lo que la realidad demuestra es que no todos los fumadores logran dejar a tiempo el hábito. Además la dependencia no es sólo física por lo que el abandono también puede estar influenciado por cuestiones psicológicas que no se controlan con las terapias de remplazo (fs. 3089 vta.).

La dependencia incide directamente en la posibilidad de elegir libremente dejar el cigarrillo, por lo que no puede hablarse de un acto meramente voluntario del fumador, tal como reconoce la propia demandada Massalin en su responde.

Lo que apunté precedentemente también es advertido por la doctrina especializada (cfr. *Lucchiani Guastalla, Emanuele, ob. cit.*). Se señala que es cierto que a pesar de que conocen la nocividad de fumar, muchos fumadores no logran abandonar el cigarrillo, permaneciendo víctimas de tal dependencia (De acuerdo, *Ponzanelli, "Class action", tutela deifumatori e circlazione dei modelli giuridici, p. 306, quien señala el carácter de peligrosa dependencia que el tabaco es capaz*





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

de generar en los consumidores y que anularía de modo absoluto la "libertad de elección").

Sólo a efectos de ilustrar la cuestión señalare que la Sra. Quidi indicó en la confesional de fs. 1077 que cuando el Sr. Isabella Valenzi estaba enfermo ella creía que fumaba a escondidas de todos, que había indicios (posición vigésimo quinta).

En definitiva, el silogismo seguido en este considerando, analizado en función de la estrictez que se le debe imprimir al examen de la eximente por las razones antes invocadas, me persuade de que no se arrimaron a este proceso pruebas fehacientes y determinantes que acrediten una real culpa de la víctima.

En suma, votaré por modificar este aspecto medular del fallo, rechazando la defensa esgrimida por la coaccionada.

En consecuencia, quedando evidenciada la responsabilidad civil de la tabacalera (British American Tobacco S.A.I.C. y F.) por los hechos en debate, procederé a examinar los distintos ítems que conforman la cuenta indemnizatoria.

VI. Extensión del resarcimiento

Antes de entrar en la consideración particular de cada uno de los rubros indemnizatorios reclamados, cabe señalar que sólo propiciaré indemnizar los daños debidamente probados y que resulten ciertos y no la mera posibilidad o hipótesis de daño. Por otro lado, el monto peticionado por las



coaccionantes no marca el límite de la pretensión, por lo que conceder más de lo pedido no importa incongruencia por *ultra petita*, ya que la utilización, como ha ocurrido en el caso de la fórmula “(...) o lo que en mas o en menos surja de la prueba a producirse (...)” (fs. 80) habilita al magistrado a estimar el *quantum* indemnizatorio en atención a la índole de la afección sufrida, pues no se encuentra obligado por la suma requerida tanto para el caso de que aquélla resulte ser mayor o menor a la reconocida (CNCiv., Sala H, “Arman, Efraín D. c. Supermercados Mayoristas Makro S.A. y otro” del 25 de marzo de 2013).

Además, no debe olvidarse que estamos en presencia de una deuda de valor. Se ha sostenido, siguiendo a Nussbaum y Ascarelli, que el dinero no constituye el objeto de la prestación sino el medio para satisfacer la misma al tiempo del pago (deudas de valor), distinguiéndolas de las dinerarias, donde la prestación es una suma de dinero (deuda dineraria) (ver en este sentido CNCiv., Sala “K”, “Barbosa, Hernán Diego c. Batistuta, Federico Orlando” del 8 de junio de 2007, cita online AR/JUR/5448/2007).

Hechas estas aclaraciones, pasaré seguidamente y por razones de orden expositivo a considerar por separado los distintos aspectos del reclamo que realizaron las demandantes.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

1. Reclamos "iure proprio" realizados por la coactora Sabrina Isabella Valenzi

i. Valor vida

Se dejó constancia en el punto XI del escrito de demanda que se incluyó en el monto mencionado por incapacidad física demandado *iure hereditatis*, el valor vida reclamado por la hija.

Considerar que la vida humana no tiene un valor económico *per se* sino en función a lo que produce o puede producir constituye un enfoque estrictamente económico y axiológicamente disvalioso, que no se condice con el respeto de la vida y la dignidad como derechos fundamentales del hombre, tutelado por declaraciones internacionales, tratados, sentencias de tribunales transnacionales y receptados entre otros por el art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica, arts. I, IV y VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 2, 3, 6, 16 y concordantes de la Declaración Universal de los Derechos humanos, todos ellos de raigambre constitucional en nuestro país (*ver también Morello, Augusto M. en "La Vida Humana y los valores" en JA 2005-III-256*). La vida humana tiene un valor constitucional a pesar de la ausencia de toda regla constitucional concerniente a su protección (*conf. Tribunal Constitucional de Polonia del 28/5/97 de "Investigaciones", Secretaría de la Corte*



Suprema, Dir. Dr. Rolando E. Gialdino, 1998-1-93).

El valor de la vida humana no es apreciable con criterios exclusivamente económicos. El daño por la muerte de la víctima no puede atenerse a criterios o concepciones materialistas que deben necesariamente ceder frente a una comprensión general de valores - materiales y espirituales- unidas inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia (*conf. C.S.J.N. del 26/8/75 in re "Noya, Alfonso y otro c/ Prov. de Bs. As., punto 16).*

Al analizar el presente reclamo, sostengo que la privación de cualquier existencia humana importa siempre un perjuicio como mera contrapartida del valor de esa vida, y la valuación económica mínima lo es sin perjuicio de que puedan considerarse otras circunstancias para aumentar la indemnización, como ser la pérdida patrimonial que puedan experimentar los sobrevivientes a raíz de ese fallecimiento. Y ello debe ser así, aun cuando pueda tratarse de personas que no tengan capacidad de generar ingresos propios y/o que tengan económicamente herederos mayores de edad que no dependan del fallecido en lo económico.

No cabe duda alguna, desde mi punto de vista, que el mayor daño que puede ocasionarse a una persona es precisamente quitarle la vida; de allí que no pueda ser admisible dentro del régimen de daños, que mediando una muerte pueda





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

concluirse en un rechazo de indemnización por valor vida. Podrá ser mayor o menor en función de los criterios expuestos por el Magistrado, pero nunca podría ser rechazado totalmente porque se trata de la máxima afrenta o daño a considerar dentro del sistema jurídico.

Recuérdese que el hijo menor se encuentra normalmente en situación de amplia dependencia, económica y espiritual, en relación a sus padres: no se vale por sí mismo y vive a expensas de éstos, lo cual se proyecta en un imperativo legal para quienes le dieron la existencia. Por consiguiente, es lógico inferir que la muerte de alguno de los progenitores priva a ese hijo de lo necesario para su subsistencia (Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños. Daños a las personas. 2B (pérdida de la vida humana)", Ed. Hammurabi, p. 190).

Esta Sala tiene dicho que " ... a los fines de establecer el "valor vida" debe tenerse en cuenta, respecto del occiso, su sexo, edad y tiempo probable de vida útil, su educación, profesión u oficio, caudal de ingresos a la época del deceso, probabilidades de progreso y ahorro, aptitudes para el trabajo, nivel de vida y condición social; mientras que, desde el punto de vista de quien reclama la indemnización, habrá de meritarse el grado de vinculación o parentesco con aquél, la ayuda que de él recibía, el número de miembros de la familia, etc., factores



todos que quedan librados al prudente arbitrio judicial (conf. Voto Dr. Dupuis en c. 45.012 del 7/7/89 y citas que efectúa del voto del Dr. Calatayud en c. 44.485 del 26/6/89 y de Cazeaux-Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", 2a. ed., t. 4, pág. 261, nota 66; Sala "C" en E.D. 84-332; Sala "D" en E.D. 75-306; íd. E.D. 80-808, n° 37; voto del Dr, Calatayud publ. en L.L. 1988-C-106; v. voto Dr Dupuis en cc. 40.863 del 1/3/89 y 31.125 del 7/12/87; Borda, "Obligaciones", 7a. ed., t. II, págs. 419 y sigs., N° 1582; Kemelmajer de Carlucci, op. cit., t. cit., pág. 200 y sus citas).

Aquellas son las líneas seguidas por el Código Civil y Comercial de la Nación, el que en su art. 1745 dispone que *"En caso de muerte, la indemnización debe consistir en: (...) b) lo necesario para alimentos (...) de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario (...); esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes (...)"*.

En este contexto debe apreciarse que el Sr. Isabella Valenzi al momento de su fallecimiento tenía 46 años de edad, que tenía una única hija, que por aquella época su oficio era el de gasista y/o plomero, que en momentos





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

de su enfermedad fue mantenido por su padre jubilado, y que no poseía bienes de fortuna, entre otras cuestiones (ver declaraciones de fs. 26/29 brindadas en el beneficio de litigare sin gastos n° 41.607/1998 iniciado por el occiso).

De su lado, la reclamante era la hija del occiso (fs. 10 de estos autos principales), contaba a la fecha del fallecimiento con la edad de 13 años, convivía con su madre que se encontraba "en plan de separación" (fs. 27 y 28 vta. de la causa precedente). También deben apreciarse las demás condiciones socioeconómicas de la madre que quedaron ilustradas en los beneficio de litigar sin gastos n° 97.953/1998 (*vide* fs. 64/66, 103, 109, 121, entre otras) y 32.464/2011 (*vide* fs. 7, 9, 11, entre otras).

En mérito de lo cual, encuentro acreditada la incidencia que el deceso del Sr. Miguel Isabella Valenzi debió de haber producido en la coactora Sabrina Isabella Valenzi, al no contar más con su ayuda para su cuidado.

En virtud de lo expuesto y análisis efectuado, los datos de conocimiento general, y el criterio jurisprudencial previsto en el art. 165, tercer párrafo del Código Procesal, fijo el monto indemnizatorio en la suma de \$400.000.-

ii) Incapacidad psicológica



Apuntaron en el libelo de inicio las demandantes que la hija sufrió una marca indeleble en su evolución psíquica por la pérdida del padre en una edad temprana. A ello le añadieron un reclamo en concepto de tratamiento psicológico.

El daño psíquico reposa predominantemente en la subjetividad de la persona, trasciende en actitudes y comportamientos y a veces tiene también manifestaciones somáticas. Implica un desequilibrio patológico, diagnosticable por la ciencia médica, que se traduce en disturbios que disminuyen en la persona, sus aptitudes laborales e inciden en su vida de relación.

En efecto debe ser considerado una especie del daño patrimonial, que produce un menoscabo a la integridad psicofísica de la persona y a su estructura vital; que importa una merma o disminución de su capacidad psíquica.

Ahora bien para que el daño psíquico sea indemnizable en forma independiente del daño moral, debe ser consecuencia del hecho por el que se reclama y ser coherente con éste, además de configurarse en forma permanente.

Sucede en la especie que la perito desinsaculada en la causa, Lic. Carina Rudistein, concluyó luego de efectuar los exámenes y análisis correspondientes que la codemandada Sabrina Isabella Valenzi no padecía daño psicológico.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

En su experticia enumeró los distintos elementos de evaluación utilizados, efectuó un análisis de las funciones psíquicas de la entrevistada, detalló la conformación de su estructura familiar, y efectuó una evaluación de las técnicas utilizadas (fs. 2454/2456).

Entre las distintas aseveraciones realizadas por la peritada en ocasión de la entrevista se puede señalar que la misma sostuvo que se olvidó enseguida del fallecimiento de su padre, que se acostumbró. Recordó que su padre no era muy demostrativo, que tenía un carácter fuerte, era serio y que a veces se la "agarraba" con ella cuando tenía una "locura" (fs. 2454).

Terminó afirmando la especialista que no se observó cuadro compatible con daño psíquico producido por el padecimiento y posterior muerte de su padre. Por ello, y al no constatarse daño, sostuvo que era innecesaria la realización de algún tratamiento psicoterapéutico (fs. 2457).

Aclaró que el periodo de tiempo transcurrido entre la muerte de su padre y la evaluación pericial era suficiente para que una persona -que atravesó un duelo- no presente signos del mismo. Indicó por último que un duelo normal se resuelve en un periodo de tiempo que oscila entre el año y los dos primeros años luego del deceso (fs. 2461).

Advertiré que la impugnación de la parte actora de fs. 2474 y fs. 2658, en virtud



de la falta de acompañamiento de las pruebas psicométricas y tests, perdió vigencia ante la presentación de los instrumentos respectivos (fs. 2989/3077) y ausencia de adecuada observación. Así, concluyo que corresponde otorgarle eficacia probatoria a dicho dictamen pericial (arts. 368 y 477 del Código Procesal).

En definitiva, por el razonamiento seguido, se impone el rechazo del presente reclamo indemnizatorio.

iii) **Daño moral**

Aducen las codemandadas que la por entonces menor también sufrió padecimientos morales al tener que acompañar al occiso en su padecimiento, postergando aspiraciones personales en función de la relación parental. Requieren que este reclamo tenga carácter ejemplificador.

El daño moral -en su concepto genérico- importa la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria.

Se da cuando de una manera u otra se ha perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado (*CNCiv, Sala E Servin, Daniel Aníbal c. Alonso, Hugo Omar y otros del 13 de marzo de 2008*) provocando una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

querer o sentir, que se traduce en un modo de estar la persona diferente al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente prejudicial (*CNCiv, Sala L, B., F. J. c. Empresa de Transporte Tte. Gral. Roca S.A. y otros del 31 de marzo de 2008*).

En el caso concreto, cabe aceptar, en principio, la lesión a las legítimas afecciones de la hija en caso de muerte del padre. El deceso de un padre produce *-in re ipsa-* la afectación profunda de los más íntimos sentimientos, quedando en consecuencia demostrado el daño moral por el solo hecho de la acción antijurídica (*CNCiv., Sala E, 9/11/83, ED. 107-433*).

No se presenta como un obstáculo en la especie la circunstancia de que la menor no padeciera consecuencias psicológicas del tipo permanente, pues la perito dejó en evidencia que necesariamente debió transitar por un duelo frente al deceso de su padre. De hecho, la coactora Sabrina Isabella Valenzi refirió que aquel hecho fue sorpresivo para su persona (fs. 2454). Tampoco deja de conmovér la circunstancia de que le indicara a la idónea que repensando todo lo sucedido le hubiera gustado que su padre conociera a su hijo y que viviera su casamiento (fs. 2454 y 2455).

Para fijar su cuantía, corresponde considerar, entre otras circunstancias, la gravedad de la culpa, las condiciones personales del autor del hecho y las de la



víctima, así como la extensión de los daños materiales, si existieren, factores todos que quedan librados a la prudente apreciación judicial (*conf. CNCiv, Sala E en c. 49.115 del 10/8/89; íd. en c. 61.197 del 5/2/90; íd. cc. 59.284 del 21/2/90, 61.903 del 12/3/90, 56.566 del 28/2/90, 67.464 del 22/6/90, CNCiv, Sala J, c. 67.533/98, de agosto del 2000, Sala F 30/08/2007; CNCiv, Sala L, 31/03/2008; Sala E, 13/03/2008 entre muchos otros*).

En virtud de todo lo anteriormente analizado, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas precedentemente; las constancias y circunstancias aludidas a lo largo de las presentes actuaciones; los datos de conocimiento general; y el criterio jurisprudencial previsto en el art. 165, tercer párrafo del Código Procesal, acuerdo el monto indemnizatorio en la suma de \$900.000.

2) Reclamos "iure hereditatis" efectuados por las coactoras.

Anticipadamente a examinar lo que fue concreto motivo de reclamo por parte de las accionantes efectuaré una breve reseña sobre la legitimación procesal que ellas tienen para demandar los distintos ítems resarcitorios consignados en la demanda (devolución de sumas abonadas para la compra de cigarrillos, incapacidad sobreviniente, daño moral y gastos de asistencia).

Así diré primeramente que no encuentro óbice para considerar que a las demandantes no





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

le asiste el derecho a formular un reclamo indemnizatorio por daño moral.

Recordaré que la indemnización por daño moral sufrido por la víctima de lesiones que luego fallece es ejercitable *iure hereditatis* en relación a los padecimientos y menoscabos espirituales previos a la muerte que aquel experimentara. Aunque existe al respecto como requisito legal de admisibilidad (art. 1099 del Código Civil y 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación; doctrina plenaria de este Tribunal "*Lanzillo José c/ Fernández Narvaja, Claudio*" de fecha 7 de marzo de 1977) la necesidad de que la acción hubiese sido entablada por el difunto con anterioridad, en el caso puede ser asimilable a dicha idea la acción de prueba anticipada iniciada en vida por el occiso (arg. CNCiv. Sala L, "*Gil de Rueda, Margarita María y otro c/ Araujo, Alvaro Antonio y otro s/ daños y perjuicios*", del 24 de mayo de 2012) e inclusive la mediación llevada adelante por su apoderado (fs. 2; arg. CSJN, "*Nastasi, Grace Jane E. c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ daños y perjuicios*" del 16 de octubre de 2002, Fallos: 325:2703). En análogo sentido me he expedido como Juez de primera instancia en los autos "*Herrera María Liliana y otros c/ Pozzi Ricardo Oreste y otros s/ daños y perjuicios*", (Expte. N° 63941/2008) del 14 de abril del 2016.



En cuanto a la acción tendiente a obtener una indemnización en concepto de incapacidad sobreviniente, el fallecimiento de ésta con anterioridad al inicio de la causa sobre daños y perjuicios tampoco aparece como un obstáculo insalvable para ejercer la acción *iure hereditatis*, pues si ello es así respecto de una acción personalísima por excelencia como lo es la que persigue la reparación del daño moral, con más razón lo será respecto de la incapacidad sobreviniente (cfr. CNCiv., sala E, Aranda, Antonio c. Quiroga, Claudio Rodolfo y otros, del 12 de mayo de 2009).

Por último señalaré que no puede haber discusión sobre la posibilidad de reclamar *iure hereditatis* los daños patrimoniales que puede haber sufrido la víctima en el tiempo transcurrido entre el suceso lesivo y el fallecimiento. Se trata, por ejemplo, de los gastos terapéuticos efectuados por el lesionado para intentar una curación a la postre frustrada. Es que en materia de daño patrimonial previo a la muerte, la acción se transmite a los herederos aunque no haya sido ejercida en vida por el causante (Zavala de González, Matilde, ob. cit. p. 60/61).

i) Devolución de sumas abonadas en concepto de adquisición de paquetes de cigarrillos

En el escrito introductorio la parte actora requiere la devolución del importe





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

abonado por el causante en la compra de los productos nocivos para su salud fabricados por la empresa demandada.

El planteo efectuado por la parte actora en dichos términos, estimo, debe ser desestimado.

Para decidir acerca de este aspecto, tiénese en cuenta que la indemnización por daños y perjuicios cumple una función de equilibrio patrimonial; es decir que está destinada a colocar el patrimonio dañado en la mismas condiciones en que se encontraba con anterioridad al hecho.

Sin embargo, el reembolso pretendido significaría un enriquecimiento indebido, pues lo abonado fue en concepto de contraprestación por la entrega de un producto que resultó consumido.

En razón de ello, se impone el rechazo del presente reclamo.

ii) Incapacidad sobreviniente

Sostienen las coaccionantes que el actor contaba a la fecha de la mediación con 46 años de edad y una incapacidad permanente del 100%.

Indican también que el Sr. Isabella Valenzi era un adicto y que pese a los daños sufridos en su organismo sintió un impulso irresistible de fumar, lo que hizo que pese a los paliativos médicos se produjera el progreso de su enfermedad.



En razón de ello, peticionan una indemnización tanto por el daño físico como por el psicológico padecido.

En virtud de la índole de este reclamo, cobra especial trascendencia la pericia médica practicada por el mencionado Dr. Duarte en momentos en que el Sr. Isabella Valenzi se encontrara con vida.

En su dictamen expresó el especialista que el entrevistado se encontraba con imposibilidad de deambular -en estado de postración-, haciendo remisión a las constancias de la historia clínica (punto A) (fs. 42 y 45), y que no era posible efectuarse pruebas habida cuenta la baja performance que el mismo presentaba al examen médico (fs. 43). .

También anotó en su presentación que el diagnóstico de tumor de pulmón fue inicialmente clínico, realizado en consultorios externos del Sanatorio Quilmes S.A. con fecha 28 de septiembre de 1995 (fs. 42 vta.).

Sostuvo el Dr. Duarte en su pericia que teniendo en cuenta que el pulmón izquierdo -tanto para la función ventilatoria como para el intercambio gaseoso- aportaba el 45% de estas funciones y el derecho el 55% se podía calcular que por la neumonectomía izquierda (ablación del pulmón izquierdo) presentaba el Sr. Isabella Valenzi una disminución de la función ventilatoria y de intercambio gaseoso de un 45%. A ello le sumó una pérdida de las





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

mismas funciones en pulmón derecho, de un 15%, debido a la presencia de bullas enfisematosas (espasmos no funcionales) en lóbulos superiores e infiltrados de tipo retráctil (fs. 43/43 vta.).

Se dejó constancia que además el paciente presentaba una entidad clínica denominada hipocratismo digital o dedos en palillo de tambor, donde los dedos se presentan con una tumefacción localizada en su extremidad distal por aumento del volumen del pulpejo, y con uñas en vidrio de reloj. Dijo que ésta entidad acompaña con frecuencia a los pacientes con alteración de la hematosis (fs. 43 vta.).

Sostuvo que el porcentaje total calculado de pérdida de la función respiratoria era del 60% de la normal para su salud y sexo; atribuida a la neumectomía el 45% y al hábito de fumar (deterioro de pulmón restante) un 15% (fs. 43 vta.).

Aduce que surgía que el paciente presentaba compresión del paquete nervioso del miembro superior izquierdo (plexo braquial izquierdo) debido al crecimiento de la masa tumoral (fs. 44).

Detalló que el miembro superior izquierdo presentaba hipotrofia muscular marcada respecto del miembro superior derecho. El dolor de tipo irradiativo es por la compresión de la masa tumoral sobre el plexo braquial. Expreso que le corresponde una



incapacidad total del miembro examinado del 100% (fs. 45).

También se describió que el paciente perdió peso por causa de la enfermedad (fs. 45).

En definitiva afirmó el experto que el paciente poseía una incapacidad total y permanente del 95% (fs. 45 vta.).

Llegado a este punto diré que no desconozco las distintas oposiciones que recayeran sobre dicho dictamen por parte de la compañía tabacalera demandada (fs. 52 de la causa referenciada y fs. 578 de estos obrados), ni los alcances de la resolución recaída en los autos sobre prueba anticipada a fs. 190/191 respecto de la validez y posterior forma de examinar la virtualidad probatoria de aquel informe pericial, pero lo cierto es que además de que muchas de los padecimientos descriptos son los que de ordinario ocurren en un paciente que padece cáncer de pulmón, ninguna prueba en contrario se produjo para desvirtuar lo que en este punto nos concierne.

Por estas razones, y en lo que aquí nos interesa, habré de otorgarle eficacia probatoria a transcripto dictamen presentado por el Dr. Duarte (arg. arts. 386 y 477 del Código Procesal).

La faceta psicológica adquiere ribetes propios en la causa, puesto que -como se comentara en el cuerpo del voto- no fue posible que un especialista en dicha rama se expidiera





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

sobre los puntos periciales propuestos por el propio Sr. Isabella Valenzi frente a su fallecimiento (art. 377 de Código Procesal). Claro que ello no impide tener una especial consideración a la hora de evaluar el perjuicio moral.

Sentado ello señalaré que es cierto que las edades de las víctimas y sus expectativas de vida, así como los porcentajes de incapacidad, constituyen valiosos elementos referenciales, pero no es menos cierto sostener que el resarcimiento que pudiera establecerse, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (*conf. CNCiv. Sala "F", L-208.659, del 4/3/97, voto del Dr. Posse Saguier*).-

Ello, por cierto, concuerda con las pautas de valoración establecidas en el art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto que *"para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que*



éstas puedan tener en su vida laboral y de relación" (Lorenzetti, Ricardo Luis "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado", T VIII pág. 528, comentario del Dr. Jorge Mario Galdós al art. 1746).-

No se me escapa que, tal como se pusiera de relieve en un precedente de esta Sala ("Vega Rubilan, Sonia de las Mercedes c/ Transporte Automotor General las Heras SRL s/ daños y perjuicios" del 22 de diciembre de 2005), "...conforme lo enseña parte de la doctrina nacional para el caso de la muerte de la víctima durante el proceso, "la mensura del daño económico derivado de su incapacidad no podrá extenderse a los lucros calculados presuntivamente en atención al resto de vida probable que tenía al ocurrir el hecho, sino circunscribiéndolos hasta el momento de la muerte, como realidad que ha enervado aquella probabilidad (...) la adopción de la edad de probable vida media puede no corresponder a aquélla del individuo que en el caso concreto se presenta como gravemente enfermo al momento de la sentencia. De lo que se infiere que habría que adoptar la expectativa existencial específica de la víctima, y no la promedio" (conf. Zavala de González, Matilde, Daños a las personas-Integridad psicofísica-2a, Editorial Hammurabi - 1990, págs. 453/454)...".





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

En consecuencia, teniendo en cuenta los padecimientos físicos constatados por el especialista, la fecha de inicio de la patología y su evolución hasta el deceso ocurrido el 18 de julio de 1998, la edad de la víctima, su estado civil, ocupación, y demás circunstancia personales que se vislumbran en el beneficio de litigar sin gastos por él iniciado (Expte n° 41.607/1998), propondré al Acuerdo fijar por este concepto resarcitorio la suma de \$ 800.000 (art. 165 del Código Procesal).

iii) Daño moral

Señalan las coactoras que el Sr. Isabella Valenzi sufrió un gran padecimiento moral a consecuencia de la enfermedad incapacitante derivada directamente del consumo de los productos de la demandada.

En el caso, este reclamo por agravio moral lo entiendo procedente para la víctima fatal de autos.

Es que no debe perderse de vista las imaginables repercusiones que puede tener para cualquier sujeto la circunstancia de tener que atravesar una enfermedad eventualmente terminal.

A ello bien puede añadirse las diversas situaciones particulares por las que debió transcurrir durante la enfermedad y que fueron objeto de concreta prueba (punciones de biopsia, neumonectomía practicada, tratamiento de quimioterapia, radioterapia, aplicación de



jarabe de morfina, y otros exámenes a los que tuvo que someterse, conforme fs. 42, 43 y 44 vta. de la prueba anticipada n° 41606/1998.

Así, accederé al resarcimiento que se persigue, en una cuantía que habré de fijar prudencialmente y conforme a lo dispuesto por el art. 165 del Código Procesal, para que constituya un verdadero y justo resarcimiento al daño que es dable reconocerle al actor, según los antecedentes ya descritos y demás particularidades del caso (*C.S.J.N., ago.5-986, E.D. 120-649, con nota de Borda; Belluscio y otros ob.cit. 5 pág. 113*).

En virtud de ello, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas precedentemente; las constancias y circunstancias aludidas a lo largo de las presentes actuaciones; las lesiones y sufrimientos padecidos por el Sr. Isabella Valenzi; los datos de conocimiento general; y el criterio jurisprudencial previsto en el art. 165, tercer párrafo del Código Procesal, fijo el monto indemnizatorio en la suma de \$700.000.

iv) Asistencia médica y farmacéutica

Reclaman en este ítem las coactoras la devolución de las sumas que fueron oportunamente utilizadas hasta el fallecimiento del causante para hacerle frente a la enfermedad.

En el presente reclamo cabe aplicar un concepto amplio, y no exigirle necesariamente a los reclamantes la prueba acabada de la





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

existencia y extensión del perjuicio que invoca.

En este sentido la jurisprudencia ha entendido que en estos gastos no se requiere prueba de las erogaciones, toda vez que los mismos pueden presumirse cuando de acuerdo a la índole de las lesiones se infiere que la víctima debió realizar desembolsos extraordinarios para su movilidad, como ser vehículos de alquiler. La procedencia del mismo no puede discutirse si se encuentra probado la entidad de las lesiones, consecuentemente no es óbice para su reclamo la ausencia de comprobantes que lo justifiquen de modo fehaciente (conforme argumentos CNCiv., Sala G, "Langer Liria c/ Tia S.A Mercado s/ daños y perjuicios, del 8 de junio de 2007).

Además, jurisprudencialmente se estima procedente el reintegro de este tipo de erogaciones si se determina que son consecuencia del hecho ilícito: "Ello es así aunque no exista prueba documentada que demuestre precisa y directamente el respectivo pago, siempre que resulte razonable su correlación con la lesión sufrida y el tiempo de su tratamiento. Por lo demás, esta conclusión debe mantenerse aún en el caso de que quien resultó damnificado haya sido atendido en hospitales públicos o que cuente con cobertura social; toda vez que siempre existen desembolsos que no son completamente cubiertos (cfr. "Hidalgo c/ Rolón", del



5/3/07)." (CNCiv., Sala B, en autos: "M, M. H c/ Kraft, Daniel Alejandro s/ daños y perjuicios, del 10 de octubre de 2007).

En síntesis, la prueba de los gastos farmacéuticos, asistencia médica y demás, no deben exigirse con un criterio riguroso, y el juez se halla facultado a fijarlos razonablemente. Lógicamente se han de fijar siempre que haya una relación lógica con las lesiones que contribuyeron a curar.

Reiteraré que conforme se desprende de la pericia el Sr. Isabella Valenzi debió practicarse punciones de biopsia, una neumonectomía, se realizó tratamientos de quimioterapia y radioterapia, y se le aplicó jarabe de morfina (vide fs. 42, 43 y 44 vta. de la prueba anticipada n° 41606/1998).

Por ello, tomando en consideración lo anteriormente expuesto; lo que surge de la pericia médica sobre intervenciones, exámenes y medicación administrada durante el transcurso de la enfermedad; los datos de conocimiento general, y el criterio jurisprudencial previsto en el art. 165, tercer párrafo del Código Procesal, fijo el monto indemnizatorio en la suma de \$50.000.

VII. Intereses

En lo referente a este ítem, dispongo que los intereses sobre las indemnizaciones otorgadas *iure hereditatis* sean computados desde que el daño quedara consolidado (11 de octubre de 1995) y hasta el efectivo pago,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

conforme a la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central.

En cuanto a los montos fijados por los rubros reclamados por *iure proprio*, a los mismos se les adicionarán accesorios desde la fecha de muerte del Sr. Isabella Valenzi (17 de julio de 1998) y hasta el efectivo pago a igual tasa que la dispuesta en el párrafo precedente.

Aclaro con relaciona a tasa de interés a aplicar, que si bien como vocal preopinante propugno en la generalidad de los casos la activa, conforme doctrina plenaria "Samudio", lo cierto es que tomando en consideración el tiempo transcurrido desde el hecho generador y a efectos de evitar un enriquecimiento sin causa en el patrimonio del actor, considero que la tasa antes indicada satisface adecuadamente los padecimientos que el retardo en el cumplimiento de la obligación generaron.

Recordaré en tal sentido que si bien la tasa de interés a aplicar queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los jueces, los arbitrios a utilizar no deben lesionar garantías constitucionales, y esto acontece cuando, como en el caso, se verifica una suma exorbitante producto de la aplicación mecánica de una tasa, que arroja un resultado notablemente superior al de los valores a sustituir (CS, 26/02/2019, "Bonet, Patricia G. por sí y en rep. hijos menores c. Experta Aseguradora de Riesgos del Trabajo Sociedad Anónima y otros s/ accidente - acción civil").



VIII. Costas

Habida cuenta que lo hasta aquí expuesto determina la modificación de la sentencia de grado, tal circunstancia conlleva la pérdida de virtualidad de la imposición efectuada por el *a quo* en la materia, debiendo este Tribunal -en orden a lo previsto por el art. 279 del Código Procesal- expedirse nuevamente sobre este particular.

En virtud del razonamiento seguido y en razón de que la acción resultara procedente, propondré a mis colegas que las costas de primera instancia sean impuestas a British Tabacco S.A.I.C. y F.. Ello con la salvedad a las atinentes al rechazo de la acción contra Massalin Particulares S.A., las que deberán correr a cuenta de la parte actora por haber resultado perdidosa (art. 68 Código Procesal).

En relación con las costas de Alzada, atendiendo al principio objetivo de la derrota, las mismas serán impuestas a la tabacalera vencida (art. 68 del Código Procesal). La excepción que recaerá en cuanto a estas será en lo respectivo a la excepción de prescripción, las que por las razones supra exhibidas, deberán recaer por su orden.

IX. Por todo lo expuesto, y si mi voto fuese compartido, propongo: 1) Confirmar el rechazo de la excepción de prescripción oportunamente deducida, 2) Admitir el rechazo de la acción entablada por María Adelina Quidi y Sabrina Isabella Valenzi contra Massalin





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

Particulares S.A., 3) Modificar la sentencia apelada, haciendo lugar a la acción promovida por sendas coaccionantes contra British Tabacco S.A.I.C. y F., 4) Fijar en concepto de indemnización *iure proprio* para Sabrina Isabella Valenzi por valor vida y daño moral por las sumas de \$400.000 y \$900.000, y rechazar el planteo resarcitorio por el daño psicológico, 5) Acordar en concepto de indemnización *iure hereditatis* para ambas coactoras por incapacidad sobreviniente, daño moral y gastos de asistencia las sumas de \$800.000 \$700.000 y \$50.000, y desestimar el reclamo por devolución de sumas abonadas para la compra de cigarrillos, 6) Establecer los intereses de acuerdo a lo mencionado en el apartado VII., 7) Imponer las costas del proceso de conformidad a lo considerado en el punto VIII.

El Dr. Diaz Solimine dijo:

Por razones análogas a las expuestas por el vocal preopinante, Dr. Converset, adheriré a su voto.

El Dr. Tripoli dijo:

Si bien comparto las consideraciones que en torno a la excepción de prescripción pasiva realiza en su fundado voto mi distinguido colega de Sala, Dr. Converset, a las que adhiero, disiento con la solución que propone, pues considero que la decisión adoptada en la instancia anterior, en cuanto desestima la demanda incoada en autos, debe ser confirmada.



En efecto, en las presentes actuaciones se encuentra acreditado que el Sr. Isabella Valenzi tenía el hábito de fumar desde que contaba con 17 años de edad (ver fs. 2676) y que falleció el 17 de julio de 1998 cuando apenas tenía 47 años de edad, producto de sufrir un adenocarcinoma.

También se encuentra probado que el diagnóstico de cáncer de pulmón fue inicialmente clínico - a través de los consultorios externos del Sanatorio Quilmes S.A. el día 28 de septiembre de 1995; ver fs. 42vta. de la prueba anticipada- y luego mediante protocolo anatomopatológico Nro. 4230/95.

Asimismo, es dable destacar que la patología antes aludida fue primaria de pulmón y no por metástasis (ver fs. 3092vta. del informe pericial médico).

Ahora bien, la obligación de reparar el daño exige cuatro presupuestos: daño, ilicitud, factor de atribución y relación de causalidad. Estos elementos son el eje alrededor del cual se construye la unicidad del fenómeno resarcitorio.

Al hablar de causalidad, debe distinguirse el concepto de causa, de la condición y de la ocasión de un efecto. Así, la condición es el antecedente de un resultado. En el Derecho de Daños no se responsabiliza al sujeto que coloca una simple condición del daño, aunque esa condición sea necesaria; ésta





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

debe haber sido, además, adecuada o idónea para ocasionarlo. Sólo así la condición necesaria se erige en causa jurídica del resultado. La ocasión es también una condición del resultado, que favorece o activa el funcionamiento de la verdadera causa (Zavala de González, M., *Resarcimiento de daños. Presupuesto y funciones del Derecho de daños*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 245/246).

Nuestros Código Civil derogado - aplicable al caso bajo estudio- entre los artículos 901 a 906 y el actual, en los artículos 1726 y 1727, adoptan la teoría de la causalidad adecuada que considera a las condiciones en abstracto, y selecciona como causa a aquella que, además de ser condición necesaria, tenía aptitud para generar el resultado, según las reglas normales de la experiencia. Es decir que es causa jurídica del daño la condición idónea, "adecuada", para producirlo, acorde con reglas de probabilidad basadas en la experiencia corriente (Zavala de González, M., ob.cit., pág. 255/256).

Causalidad, en esencia, es probabilidad, la posibilidad u oportunidad de que suceda un evento en particular. Al mismo tiempo, no deben existir otras causas a las que puede asignarse un mayor coeficiente de incidencia. Es así que, para determinar la causa de un daño, se debe hacer ex post facto un juicio de adecuación o cálculo de probabilidad, en el que necesariamente se debe



investigar si el daño se hubiese verificado igualmente, aun en ausencia del hecho que constituye la fuente de la responsabilidad.

Certeramente ha explicado Le Tourneau que *"...la causalidad jurídica no equivale a la causalidad científica. Esta última busca y se basa en la verdad, mientras que la primera se contenta con la verosimilitud, la certidumbre. Los científicos estudian un evento conocido (el efecto) y buscan la causa desconocida; el jurista examina dos eventos conocidos (el daño y el hecho generador alegado) y busca si, entre los dos, existe un nexo de probabilidad, nada más..."* (Le Tourneau, P., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, París, 2010, Nro. 1713-1, pág. 565).

Lo que se encuentra en discusión en las presentes actuaciones es si existe relación de causalidad entre el hábito tabáquico del Sr. Valenzi y la enfermedad que le provocó la muerte.

Luego de un detenido análisis de los diferentes elementos probatorios (en especial los informes periciales agregados en las presentes actuaciones y en la prueba anticipada), estoy convencido de que la respuesta al problema antes planteado, es negativa.

Me explico.

En primer lugar, no desconozco que el perito médico, Oscar Daniel Duarte, designado de oficio en el marco de las actuaciones sobre





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

prueba anticipada asoció en forma tajante el diagnóstico de adenocarcinoma de pulmón al hábito de fumar cigarrillos (ver fs. 45vta.). Sin embargo, a tal informe pericial no puede otorgársele el valor convictivo que la parte actora pretende.

Es que si bien el informe presentado por el mentado galeno a fs. 42/48 de la prueba anticipada no fue declarado nulo, en la resolución de fs. 190/191 del mismo expediente se le otorgó un carácter indiciario.

En esa ocasión, ya se le advirtió a la actora que dicha prueba carecía de valor probatorio conclusivo alguno, motivo por el cual debía integrarse con otras pruebas (ver fs. 191 del Expte. Nro. 41.606/98 y fs. 3240, último párrafo, de las presentes actuaciones). La razón de tal decisión fue que la contraparte, oportunamente, no había tenido la posibilidad de fiscalizar la producción de la prueba pericial. Es por ello que, en virtud del principio procesal de amplitud probatoria, se decidió la confección de un nuevo informe pericial a cargo de la Dra. Viviana Inés Sánchez, el cual obra agregado a fs. 3083/3098 de las presentes actuaciones.

De este último informe, realizado aproximadamente 17 años después, con intervención de todas las partes y con mayores conocimientos científicos -lo que no puede dejarse de lado al momento de ponderarlo en comparación con el agregado en la prueba



anticipada-, resulta que el cáncer de pulmón se trata de una enfermedad asociada a múltiples factores de riesgo que se potencian entre sí, como por ejemplo genéticos, ambientales y relacionados con la actividad laboral (exposición a químicos, tóxicos y a la radiación) y no sólo con el hábito de fumar (ver respuestas a los puntos de pericia 1 y 13 de la codemandada Nobleza Picardo S.A. -fs. 3083vta. y fs. 3085-).

Cabe acotar que la experta diferenció el concepto "factor de riesgo" a "causa". Así, en base a definiciones de la Organización Mundial de la Salud, definió el primero como cualquier rasgo, característica o exposición de un individuo que aumente su probabilidad de sufrir una enfermedad o lesión. La causa de la enfermedad, en cambio, es cuando se ha determinado el origen de ésta, existiendo una relación directa entre el contacto o exposición y el desarrollo de la patología (ver fs. 384vta.).

Y bien en el caso quedó probado que el hábito de fumar es uno de los factores de riesgo más importantes para la aparición del cáncer de pulmón, no es el único.

De este modo, queda por analizar si en la presente litis existen elementos que permitan descartar, conforme lo explicado con anterioridad, los restantes factores de riesgo para que pueda afirmarse que el tabaquismo fue la causa más probable para el desarrollo del





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

subtipo de cáncer de pulmón padecido por el Sr. Valenzi (adenocarcinoma). Es decir, que el fumador no estaba expuesto a otras causas o factores que puedan haber generado la enfermedad.

Con esta finalidad, en primer lugar, debe resaltarse lo afirmado por la perito Sánchez, en el sentido que *"...los factores de riesgo no lo indican todo, presentar uno o incluso varios factores no significa que dicha persona tendrá la enfermedad, algunas personas que desarrollan la enfermedad pueden no tener factores de riesgo conocidos, aun cuando una persona con cáncer de pulmón tiene un factor de riesgo, a menudo es muy difícil saber cuánto pudo haber contribuido ese factor de riesgo al cáncer..."* (ver fs. 3085vta.).

Por otro lado, es importante señalar que existen diferentes tipos de cáncer de pulmón y que el hábito de fumar se relaciona especialmente con el subtipo microcítico o de células pequeñas (es raro que se presente este tipo de cáncer de pulmón en personas no fumadoras), variedad que no presentó el esposo y padre de las actoras (ver fs. 3086vta.).

En la especie, como precisé, se diagnosticó al Sr. Valenzi un adenocarcinoma, el cual si bien aparece en personas fumadoras o que han fumado, es el tipo más común de cáncer de pulmón en personas que no fuman y representa alrededor del 40% del cáncer de pulmón (ver fs. 3085vta./3086).



Sumado a ello, la experta pese a que destacó al tabaquismo como uno de los principales factores de riesgo, al mismo tiempo afirmó que *"...sólo una minoría de la población fumadora desarrollará cáncer por lo que se estima que existe una predisposición genética para presentarla..."* (ver fs. 3092).

Lo explicado con anterioridad es relevante en el caso bajo estudio, porque la experta luego afirmó que el 16% de los pacientes con cáncer de pulmón se determina la presencia de una mutación genética (del receptor del factor de crecimiento epidérmico - EGFR-), el cual se presenta en el 81% de los pacientes con adenocarcinoma (ver fs. 3092).

Asimismo, la Dra. Sánchez agregó que al momento del diagnóstico de la patología del Sr. Valenzi no se utilizaban técnicas de inmunohistoquímica específicas que permitieran determinar la presencia de alguna mutación, especialmente de EGFR, que podría indicar la posible etiología genética de la enfermedad.

En otras palabras, si bien puede asociarse la enfermedad al hábito tabáquico del Sr. Valenzi, no puede afirmarse que el adenocarcinoma no haya sido producto de un factor genético y sí, exclusivamente, por el hábito de fumar. Más aún se corrobora lo anterior, al analizar las estadísticas antes indicadas. Destaco lo afirmado por la experta al decir que *"...estudios actuales demuestran la importancia de las mutaciones genéticas que*





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

pueden estar presentes en los diferentes subtipos de cáncer de pulmón sean o no los pacientes fumadores...” (ver fs. 3097).

Con relación a esto último, la perito en forma concluyente afirmó que si bien el tabaquismo es un factor de riesgo para padecer la patología en cuestión, *“...sin estudios genéticos de la pieza no se puede afirmar en forma excluyente que la causa de la lesión neoplásica fue sólo y por causa directa del hábito de fumar...” (ver fs. 3097vta.).*

En la misma dirección, también señaló que *“...No se puede determinar con certeza científica si el haber fumado fue causa o concausa de la patología oncológica presentada, ya que no hay estudios de la pieza tumoral correspondientes a variaciones genéticas (...) que permitan evaluar la acción del tabaco (...) y no sólo basarse en estadísticas de población...” (ver fs. 3096vta.).*

Es frente a estos datos y a las explicaciones brindadas por la perito que debe analizarse la estadística que determina que *“... el 80% de las muertes por cáncer de pulmón en hombres (...) se relaciona con el hábito tabáquico...” (ver fs. 3092).* Cabe aclarar que la estadística es referida a los Estados Unidos de Norteamérica, lo que impide su generalización, y que a nivel global el 90% de las personas que fuman no desarrollarán cáncer de pulmón (ver fs. 3086vta.), lo que indica que la enfermedad se debe a múltiples factores de riesgo.



A mayor abundamiento, diré que el Sr. Valenzi estuvo expuesto a otros posibles factores de riesgo para la aparición de la enfermedad que padeció y que fueron referidos por la perito médico Sánchez, como por ejemplo la exposición a la combustión de diesel o las fibras del asbesto (ver fs. 3086).

Así, del incidente sobre beneficio de litigar sin gastos (Expte. Nro. 41.607/1998) surge que el actor trabajó como empleado de Ferrocarriles Argentinos (en un comienzo como peón de limpieza y luego como "fichero de vagones" -ver declaraciones testimoniales de fs. 26/27 y fs. 28/29-), lo que permite presumir con alto grado de convicción que durante sus días laborales estuvo en permanente contacto con combustión de diesel, ya que muchas formaciones usaban ese combustible para funcionar.

Además, se acreditó que el Sr. Miguel Valenzi tuvo como oficio el de "plomero y gasista" (acta de defunción de fs. 87, fs. 84 y fs. 102, posición número 16 de fs. 1076, constancia de Sistema Registral de AFIP de fs. 1348), por lo que dicha actividad se puede relacionar con una predisposición a desarrollar la patología oncológica por exposición al asbesto.

No desconozco que dicha sustancia se vincula con el desarrollo de mesotelioma (tumor maligno de pleura) y en menor medida con el cáncer de pulmón (ver fs. 3090vta.), pero no se





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

puede tomar dicha circunstancia como absoluta. Vale recordar lo explicado en un comienzo, en cuanto a que la enfermedad tiene origen por múltiples factores y que el tipo de cáncer que padeció el Sr. Valenzi aparece comúnmente entre la población no fumadora y por factores genéticos.

En otras palabras, luego de analizar concienzudamente ambos informe periciales médicos (el de la prueba anticipada y el de estos obrados) y los demás elementos probatorios, considero que la parte actora no logró colocar al tabaquismo en la condición de causa adecuada de la enfermedad -adenocarcinoma de pulmón- que provocó el fallecimiento del Sr. Valenzi.

Es que como se observa existen otros factores que favorecen la aparición del cáncer de pulmón (genéticos o exposición a sustancias tóxicas en el ámbito laboral y ambiental), los cuales no han sido descartados en favor del que pretenden las actoras para configurar un juicio de probabilidad calificada. Resolver en otro sentido, sería hacerlo en base a una mera conjetura por análisis generales de estadísticas, o sea, una "presunción estadística" (Mosset Iturraspe, J., "El daño originado en el consumo de cigarrillos: su prueba", publicado en *Revista de Derecho de Daños*, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1999, cita online: RC D 1162/2012).



En otro orden de ideas, de no compartirse lo explicado con anterioridad, en el caso también se encuentra “quebrado” el nexo causal por culpa del Sr. Valenzi.

Veamos.

La cuestión planteada no puede analizarse en el ordenamiento jurídico argentino sin tener muy presentes las particularidades que el mismo muestra: a) Dos leyes nacionales, 19.800 y la 23.344, que tienen que ver con la comercialización del cigarrillo, la primera, y con las restricciones en la publicidad y la leyenda que deben llevar los envases, la segunda; b) el artículo 40 de la ley 24.240, en cuanto establece la responsabilidad por “daño al consumidor”, que resulta del “vicio o riesgo de la cosa” y extiende la legitimación a todos los que han participado de la cadena de comercialización, a partir del fabricante, importador, etcétera., y el artículo 5 de la misma ley; y c) la normativa del Código Civil acerca de la responsabilidad por daños.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “...las conductas de los hombres que se dirijan contra sí mismos, escapan a la regulación legislativa...”, puesto que “...el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sin ofrecerles libertad para que ellos elijan...” (Fallos: 308:1392).

Bajo tal premisa es que debe analizarse el presente caso. Coincido con





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

autores como Mosset Iturraspe que afirman que *"...Nadie puede negar que el fumador entre en el "vicio" y permanece en él por su propia voluntad..."* (Mosset Iturraspe, J., ob.cit., cita online: RC D 1162/2012).

La anterior afirmación no significa que no comparte plenamente la protección del consumidor como sujeto vulnerable, pero encuentro su límite cuando con conocimiento se opta por hacer algo que puede ser dañoso para la salud.

En el caso bajo análisis la perito Sánchez afirmó que *"...los componentes del cigarrillo no producen alteraciones mentales que alteren sus funciones psíquicas mayores y tengan influencia en el discernimiento. La decisión de dejar de fumar es propia e individual de la persona..."* (ver fs. 3087). Por otro lado, aseveró que de acuerdo a informes estadísticos disponibles en la actualidad aproximadamente el 90% de los ex fumadores dejaron de fumar sin ningún programa de tratamiento formal o asistencia médica (ver fs. 3088).

Refuerza lo dicho precedentemente, el hecho que no se produjo prueba tendiente a probar de manera cierta que el Sr. Valenzi tenía afectada su voluntad.

En referencia a lo dicho, quisiera recordar el art. 1070 del Código Civil - aplicable al caso concreto-, el cual expresa: *"No se reputa involuntario el acto ilícito*



practicado por dementes en lúcidos intervalos, aunque ellos hubiesen sido declarados tales en juicio; ni los practicados en estado de embriaguez, si no se probare que ésta fue involuntaria”.

El tema tiene que ver con las causas que obstan al discernimiento: la falta de salud mental o insanidad, la inmadurez por razones de edad en que, implícitamente, confirma la posibilidad de una venta libre de cigarrillos y, a la vez, considerándola perjudicial, carga las consecuencias sobre las espaldas del consumidor informado y la privación accidental del uso de razón. No olvido que el artículo 1070 está limitado por lo previsto en el artículo 921, sin embargo, el fumar no priva del discernimiento (ver en este sentido Mosset Iturraspe, J., ob.cit., cita online: RC D 1162/2012).

Si el tema se decide con el uso de las estadísticas, la solución también es clara. Como precisé, la Dra. Sánchez refirió que el 90% de los ex fumadores han abandonado el consumo de cigarrillos voluntariamente.

Adicionalmente, no comparto el argumento respecto que la información recibida por el Sr. Valenzi a la época en que empezó a fumar era insuficiente, por lo que su voluntad se encontraba viciada, y que recién se vio ello reparado adecuadamente al imponer a las tabacaleras el cumplimiento de la manda del artículo 10 de la ley 26.687 del año 2011.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

Estoy convencido de que la ley 23.344 del año 1986 de manera cierta informa que la venta de cigarrillos está autorizada por el Estado y que la única condición es una información directa, clara y precisa, la que se logra con la prescripción legal de colocar la leyenda en los envoltorios: "El fumar es perjudicial para la salud".

Es tal la información que se tenía en la población en general respecto a las sustancias del cigarrillo que en el sumario de la ley 23.344 se especificó lo siguiente: *"Inclusión de una advertencia sobre el contenido de sustancias cancerígenas, incluso en los términos de la presente de todo tipo de propaganda"* (ver sitio web de la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, base de proyectos entre los años 1983 y 1990).

Estimo inadecuado aplicar retroactivamente estándares jurídicos como el del consumo a épocas pretéritas y, menos aún, justificar ello en el principio de la buena fe (art. 1198 del Código Civil), puesto que tal principio debe ser ponderado en el marco del ordenamiento jurídico argentino con otros principios como el de la seguridad jurídica y el de la autonomía de la voluntad. Es que el Estado no puede regular una actividad y luego, tiempo después, por la evolución de la legislación debido al avance del conocimiento, condenar a sujetos que actuaron cumpliendo la normativa vigente preexistente.



Admitir una responsabilidad del informante, porque el informado no dejó de fumar o bien contrajo una enfermedad, es contradictorio e irracional (Mosset Iturraspe, J., ob.cit., cita online: RC D 1162/2012). Más aún cuando, como se dijo, su discernimiento no estaba afectado.

Además, el conocimiento de que el tabaco era perjudicial para la salud era un hecho notorio. Ya el diario "La Nación" -uno de los diarios de mayor circulación del país- publicaba notas periodísticas respecto a la prohibición en Italia de la propaganda del tabaco -año 1962- (ver fs. 2316), del tabaco como factor de riesgo para la aparición del cáncer -año 1964- (ver fs. 2317), sobre campañas de lucha anti tabáquica -año 1979- (ver fs. 2320). La ley 23.344 no hizo otra cosa que plasmar legislativamente diez años antes de que le diagnosticaran la enfermedad al actor una realidad notoria para la población.

Con relación a lo señalado, existen fallos en el mundo de reciente data que refuerzan la postura descripta. Por ejemplo, el 4 de abril de 2015 el Tribunal de Roma dictó una sentencia absolviendo al fabricante de cigarrillos de cualquier tipo de resarcimiento sobre la base que, desde hace ya varias décadas, es un hecho notorio que el fumar provoca daños a la salud y que, debido a dicha razón, el fumador no puede quejarse con el fabricante de cigarrillos por la enfermedad





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

causada por el consumo de tabaco, es decir, por la materialización de un riesgo al cual se expuso voluntariamente comenzando a fumar y llevando adelante dicha actividad. Destaco que el juez, en los considerandos de dicho fallo, luego de señalar que desde el siglo XIX existen estudios que demuestran la nocividad del fumar, afirma que en Italia ya en los años 70 se promovieron campañas publicitarias sobre los daños provocados por el consumo de tabaco y en la misma época se introdujeron las primeras normas legislativas. De dichas observaciones el Tribunal de Roma dedujo que constituye un hecho notorio que el fumar es perjudicial para la salud y que tal notoriedad tiene larga data (ver Trib. Roma, 4 de abril 2005, en D&G, 2005, n. 17, 65, con nota de De Marzio, Danno da fumo e nesso di casualità: giudici divisi, sentenze contrapposte, comentada en publicación de Lucchini Guastalla, E., "El daño causado por el consumo de tabaco en la experiencia italiana", Revista Jurídica, Derecho Privado, UCES, Buenos Aires, pág. 12).

Debe tenerse en cuenta que la Sra. Quidi al absolver posiciones se opuso, sin dar razón alguna en el acto de la audiencia, en los términos del artículo 414 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a la posiciones referentes a que mantuvo conversaciones con su esposo sobre la leyenda en los envoltorios de cigarrillos "El fumar es perjudicial para la salud" (posición número undécima de fs. 1077) y



respecto a qué respuesta le daba el Sr. Valenzi a ella frente a sus recomendaciones para que dejase de fumar (ver fs. 1077vta.).

Finamente no puede obviarse que el Sr. Miguel Valenzi nació en el año 1951 (ver poder de fs. 3) y si comenzó a fumar a los 17 años, aproximadamente lo hizo a fines de la década del 60 o principios de la década del 70, tiempo -de acuerdo a las notas periodísticas antes enumeradas- en el que ya se advertía a la sociedad en general sobre lo perjudicial del tabaco. Es decir que, durante toda su vida como consumidor de cigarrillos, el actor en mayor o menor vida estuvo advertido de esta circunstancia.

En otro orden de ideas, tampoco comparto que la publicidad de la venta de cigarrillos pueda ser considerada abusiva, y agrego "engañosa" o "inductiva", por lo menos desde la aprobación de la ley 23.344 -diez años antes de que le diagnosticaran la enfermedad-.

La mencionada ley también disponía en su artículo 2 que: *"La publicidad de tabacos, cigarrillos u otros productos destinados a fumar se sujetarán a las siguientes limitaciones: a) No se practicará en radio y televisión entre las ocho (8) y las veintidós (22) horas de cada día, salvo la que sólo identifique marca y se realice fuera del recinto del medio de difusión respectivo; b) No se practicará en publicaciones dirigidas a menores de edad y tampoco, en salas de*





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

espectáculos en que se admita la presencia de menores de dieciocho (18) años de edad; c) No se promocionarán ni distribuirán muestras de estos productos en escuelas, colegios, universidades, establecimientos de enseñanza, ni en espectáculos o actividades en los que el público se constituya preferentemente por menores de edad; d) No se efectuará por figuras del mundo artístico cuyo público se constituya preferentemente por menores de edad; e) No participarán, modelos menores de edad, ni podrán vestirse o maquillarse quienes participen de modo que representen la edad de un menor; f) No podrán mostrarse persona fumando desmesuradamente; g) No podrán emplearse expresiones o vocabulario propios de menores de edad; h) Los procedimientos de tratamiento o producción que disminuyan el contenido nicótico o alquitrán no podrán presentarse como beneficiosos o convenientes para la salud.” De este modo, no puede calificarse de abusiva una publicidad que se integra con el “paquete” o envase de cigarrillos, con las inscripciones obrantes en el mismo, y que allí señala, con toda claridad, que el fumar “es perjudicial para la salud”.

Es por todos los argumentos expuestos precedentemente que considero que la sentencia apelada debe confirmarse en cuanto rechaza la demanda, con costas a la actora.



Con lo que terminó el acto. JUAN MANUEL CONVERSET, OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE, PABLO TRÍPOLI (en disidencia).-

“QUIDI, MARIA ADELINA C/ NOBLEZA PICCARDO S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”,

Buenos Aires, de septiembre de 2019.-

Y VISTOS: Por la votación que instruye el acuerdo que antecede, por mayoría, se RESUELVE: 1) Confirmar el rechazo de la excepción de prescripción oportunamente deducida, 2) Admitir el rechazo de la acción entablada por María Adelina Quidi y Sabrina Isabella Valenzi contra Massalin Particulares S.A., 3) Modificar la sentencia apelada, haciendo lugar a la acción promovida por sendas coaccionantes contra British Tabacco S.A.I.C. y F., 4) Fijar en concepto de indemnización *iure proprio* para Sabrina Isabella Valenzi por valor vida y daño moral por las sumas de \$400.000 y \$900.000, y rechazar el planteo resarcitorio por el daño psicológico, 5) Acordar en concepto de indemnización *iure hereditatis* para ambas coactoras por incapacidad sobreviniente, daño moral y gastos de asistencia las sumas de \$800.000 \$700.000 y \$50.000, y desestimar el reclamo por devolución de sumas abonadas para la compra de cigarrillos, 6) Establecer los intereses de acuerdo a lo mencionado en el





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA C

apartado VII., 7) Imponer las costas del proceso de conformidad a lo considerado en el punto VIII, 8) Diferir la regulación de honorarios para una vez que se cuente con liquidación firme.

Regístrese, notifíquese, comuníquese a la Secretaria de Comunicación y Gobierno Abierto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 15/2013 y 42/2015) y devuélvase.-

JUAN MANUEL CONVERSET

OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE.-

PABLO TRÍPOLI
(en disidencia)

