

# Prudente sentencia judicial respecto de la pérdida de chance de utilización de células progenitoras hematopoyéticas por incumplimiento de contrato de consumo *intuitu personae*

por SILVIA MARRAMA<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL CASO. 2.1. MARCO REGULATIVO DE LOS BIOBANCOS PRIVADOS DE ALMACENAMIENTO DE CÉLULAS PROGENITORAS HEMATOPOYÉTICAS. 2.2. INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES. 2.3. RUBROS INDEMNIZATORIOS. 2.3.1. DAÑO MORAL. 2.3.2. PÉRDIDA DE CHANCE. – 3. ESTADO DEL ARTE SOBRE LA UTILIDAD DE LAS CPH DE CORDÓN UMBILICAL Y DE PLACENTA PARA CURAR LA ESCLEROSIS MÚLTIPLE. – 4. CONCLUSIÓN.

## 1. Introducción

La prudencia o recta razón en el obrar –*recta ratio agibilium*– es la virtud cardinal por excelencia y, como tal, un hábito indispensable en el juez para el dictado de sentencias justas. Como hábito intelectual –propio de la razón práctica– está ordenado al conocimiento de la realidad. Por ello resulta también indispensable para el juez, quien debe dictar sentencias ajustadas a los hechos del caso, a los problemas reales que las partes plantean, y al momento histórico determinado.

La sentencia que tengo el honor de comentar resuelve con prudencia un sensible caso de incumplimiento contractual de recolección y depósito de células madre de cordón umbilical y placenta por parte de un banco privado argentino de almacenamiento de células progenitoras hematopoyéticas (en adelante, CPH), en el que se encontraba en juego la expectativa de los actores de cura futura, mediante alguna terapia que utilice estas células, de la esclerosis múltiple que uno de ellos padece. Estas terapias, lamentablemente, aún se encuentran en fase experimental.

## 2. El caso<sup>(1)</sup>

La sentencia de primera instancia juzgó responsable a Matercell S.A. por falta de entrega del kit de recolección de células progenitoras hematopoyéticas en el parto, conforme lo pactado en el “Contrato de prestación de servicios para el almacenamiento de células obtenidas de la sangre remanente del cordón umbilical/placenta luego de ocurrido el parto”, suscrito con los actores. En consecuencia, admitió la demanda promovida por los actores por sí y en representación de su primogénito, condenando a la

empresa al pago de una indemnización por daño moral en favor del matrimonio actor, y de otra por pérdida de chance en favor del niño y de su madre. A la par, rechazó la reparación del daño moral reclamado en nombre del hijo.

Apelado el fallo por ambas partes, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal resolvió confirmar la sentencia en lo principal, modificándola exclusivamente en cuanto al monto de indemnización por pérdida de chance y en orden al curso de los intereses, aspecto este último al que no me referiré en este trabajo.

### 2.1. Marco regulatorio de los biobancos privados de almacenamiento de células progenitoras hematopoyéticas

Para así decidir, el voto del Camarista Pablo D. Heredia –al que adhieren los restantes integrantes de la Sala– determinó, en primer lugar, el marco regulatorio de la actividad de la demandada, para luego definir las obligaciones que pesaron sobre Matercell S.A. respecto de los actores.

Matercell S.A. es un biobanco privado que concentra, criopreserva y almacena las células progenitoras hematopoyéticas, también llamadas “células madre”, provenientes de la sangre fetal placentaria y del cordón umbilical obtenidas en el nacimiento de personas humanas, respecto del cual –recuerda Heredia– la Corte Suprema ha resuelto que la regulación de su actividad queda comprendida en las disposiciones de la Ley de Sangre 22.990, en particular las referidas a la custodia de autorreserva de sangre (cfr. art. 55), que remite a las disposiciones establecidas en el Código Civil para el depósito regular<sup>(2)</sup>.

A la par, la sentencia bajo análisis descarta la aplicación de la ley de trasplantes de órganos y materiales, dado que la ley vigente tanto al tiempo de acaecimiento de los hechos del caso –ley 24.193, modificada por la ley 26.066– como al tiempo del dictado de la sentencia –ley 27.447– no contenía previsiones que impidiesen la aplicación del marco legal del depósito regular, pese a que la última –a diferencia de su antecesora– ahora sí reconoce como objeto de regulación a “la extracción de órganos, tejidos y células con fines de trasplante entre personas relacionadas” (art. 21), establece lo atinente al consentimiento en la donación de CPH (art. 26) y declara, entre otros aspectos, que “Las instituciones en las que desarrollen su actividad trasplantológica los médicos o equipos de salud, son responsables en cuanto a los alcances” de la actividad fijados en la propia ley 27.447 (art. 11).

El voto de Heredia también integra el marco legal del caso con el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes al contratar (art. 962, CCyC) y con el régimen tutelar del derecho del consumo, pues el destinatario final del contrato es el prestatario, identificado en la cláusula primera del contrato respectivo como el niño naciente y su grupo familiar, es decir, sus progenitores (art. 1093, CCyC).

### 2.2. Incumplimientos contractuales

Sentado el marco legal del caso, la sentencia se adentra en la definición de las obligaciones contractuales asumidas por la demandada, las cuales emanan de la naturaleza del contrato y de su carácter. Así, el “Contrato de prestación de servicios para el almacenamiento de células obtenidas de la sangre remanente del cordón umbilical/placenta luego de ocurrido el parto” es *intuitu personae* y la demandada se encontraba obligada a proteger la extrema confianza especial esperada teniendo en cuenta la

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Reiterada tacha judicial respecto de una resolución del INCUCAI regulatoria de la colecta y uso de CPH provenientes del cordón umbilical*, por EDUARDO MARTÍN QUINTANA, ED, 237-79; *El desafío de regular el uso de células del cordón umbilical*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 242-676; *El poder de policía sobre los bancos privados de células progenitoras hematopoyéticas provenientes del cordón umbilical. Análisis de las cuestiones controvertidas en la resolución 69/09 del INCUCAI*, por EZEQUIEL CARIDE, EDA, 2013-772; *Clonación humana y células madre embrionarias: un camino equivocado*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 253-919; *De clones, embriones y células madre. Interrogantes en torno al desarrollo de la biotecnología aplicada a los seres humanos*, por LEONARDO L. PUCHETA, ED, 253-931; *La donación compulsiva de células madre para uso autólogo y la revelación de datos sensibles como violación de la intimidad constitutiva de la dignidad humana*, por SILVIA MARRAMA, ED, 258-120; *Novedades en la edición genética de células somáticas con fines terapéuticos*, por LEONARDO PUCHETA, ED, 284; *Embriones humanos producidos a partir de células de la piel. Aplicación del principio precautorio*, por SILVIA MARRAMA, ED, 291-814. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Abogada-mediadora. Doctora en Ciencias Jurídicas. Magíster en Desarrollo Humano. Profesora Superior en Abogacía. Especialista en Derecho Tributario. Especialista en Gestión de Bibliotecas. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Investigadora categorizada. Profesora asociada ordinaria a cargo de la cátedra de Derecho Público y Privado en la Universidad Autónoma de Entre Ríos (UADER). Profesora adjunta ordinaria en la cátedra de Política y Legislación Agraria (UNER). Profesora en la Especialización en Derecho de Familia y en la Maestría de Derecho Tributario en la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” (PUCA). Directora de Tesis y miembro de tribunales de evaluación de Tesis de Grado, Posgrado y Doctorado. Autora de un libro y de numerosos artículos, coautora en diversas obras colectivas. ORCID ID <http://orcid.org/0000-0002-2473-6448>.

(1) CNCom., Sala D, “B., M. P. y otro c. Matercell S.A. s/ordinario”, 17/05/2022.

(2) Cfr. CSJN, 22/5/2012, “C., M. E. y otros c/ Estado Nacional –INCUCAI– s/ amparo ley 16.986”. Nota a fallo: Marrama, S. “La donación compulsiva de células madre para uso autólogo y la revelación de datos sensibles como violación de la intimidad constitutiva de la dignidad humana”. ED 258-120 (2014).

naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes (arts. 1067 y 1725, segundo párrafo, CCyC).

Al respecto, la sentencia tiene por acreditada, al igual que la sentencia de primera instancia, la falta de entrega del kit de recolección, y entiende que la demandada efectivamente incumplió las obligaciones asumidas, frustrando la confianza con la que contrataron los actores, sin que la conducta de estos haya tenido alguna influencia causal en el daño producido.

### 2.3. Rubros indemnizatorios

#### 2.3.1. Daño moral

El considerando 6° del voto de Heredia contiene el análisis de los agravios de la parte actora referidos a los rubros indemnizatorios. El primero se centra en el rechazo de la indemnización del daño moral correspondiente al niño, respecto del cual recuerda que, si bien un menor de edad puede ser damnificado directo de daño moral en los términos del art. 1741 del CCyC (admisibilidad jurídica del daño), el art. 1744 del CCyC obliga a la prueba del daño por quien la alega, es decir, a la constatación de la existencia de un efectivo perjuicio susceptible de reparación, ya que la minoridad no es causa por sí misma de excepción a las reglas generales sobre la prueba del perjuicio. En el caso bajo análisis, en ausencia de prueba directa del daño moral sufrido por el niño, la invocación de la inejecución contractual y su repercusión resulta insuficiente para fundar la notoriedad del daño moral (art. 1744, CCyC), dada su temprana edad. Al respecto, la sentencia considera insuficiente la alegación abstracta de normativa convencional como fundamento del daño, dado que “la abstracción es incompatible con la finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil” (cfr. cons. 6°).

#### 2.3.2. Pérdida de chance

En relación con la reparación de la pérdida de la chance de quien dio a luz y de su hijo, la sentencia de primera instancia reconoció que el incumplimiento de la demandada había malogrado la posibilidad que tenían ambos de utilizar las células madre para el tratamiento de padecimientos futuros. En la alzada se reclama la elevación de los referidos montos.

La sentencia de Cámara explica que la pérdida de chance puede ser analizada no solo desde la perspectiva “productiva” (que constituye un daño actual, no hipotético, indemnizable cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado por culpa del responsable, y que puede ser valorada en sí misma, en su intrínseco valor económico de probabilidad), sino también desde la óptica de la pérdida de chance no vinculada a la pérdida de una ganancia o beneficio económico, supuesto en el cual se encuadra el caso.

En la pérdida de chance no vinculada a la pérdida de una ganancia o beneficio económico cabe diferenciar dos requisitos, que la sentencia señala: a) demostrar la existencia misma de la oportunidad, esto es, que el demandante se encontraba en una situación tal en la que podía obtener el resultado esperado y b) la cuantificación del daño.

En el caso bajo análisis, las partes no cuestionaron en la alzada la existencia de la oportunidad perdida sino el *quantum* indemnizatorio.

Al respecto, la parte actora no aportó prueba, por lo cual el vocal Heredia –siguiendo a Picasso y Sáenz<sup>(3)</sup>– afirma que corresponde una prudente estimación judicial del rubro –art. 165, párrafo tercero del Código Procesal Civil y Comercial Nacional (CPCCN)– “bien que efectuada con parquedad” (cfr. cons. 6°).

En este punto de la *prudente estimación del monto de la indemnización por pérdida de chance con criterio ponderativo parco o estrecho, impuesto por la falta de prueba*, quisiera detenerme, porque estimo que es una de las partes más valiosas de la sentencia.

El criterio ponderativo estrecho impone la exigencia, según la sentencia, de que la pérdida de chance sea *concreta*, dado que “lógicamente el *quantum* habrá de variar

según que la probabilidad de alcanzar los objetivos traza- dos haya sido más o menos grande”.

Al respecto, Heredia sopesa las cláusulas contractuales eximentes de responsabilidad a la luz de la información sobre diversas enfermedades o dolencias de posible tratamiento con células madre, brindada por la demandada en el link “Preguntas Frecuentes” de su web –que integran el marco contractual y obligan a la prestadora (art. 1103, CCyC)–. En este sentido, si bien la pericia médica sostuvo una utilidad de las células madre más estrecha que la contractualmente predicada por Matercell S.A., la sentencia decide omitir su ponderación a los efectos de la valuación indemnizatoria del rubro, “para, en su lugar, hacer pie en la más amplia utilidad predicada por Matercell S.A. al contratar, pues ello fue lo formalmente expresado en acuerdo de voluntades y toda interpretación prescindente sería contraria a la buena fe y al principio de protección de la confianza suscitada en los actores (arts. 961 y 1067 CCyC)”.

En aras de establecer el monto indemnizatorio en función de una pérdida de chance concreta, la sentencia pondera asimismo “la comprobada esclerosis múltiple que cursa la señora M. P. B. desde el año 2002... que motivó al matrimonio S.-B. a contratar con Matercell S.A. a fin de que el hijo de ambos si ‘...*podiera nacer con esta o cualquier otra enfermedad, tuviera a su disposición las células madres que le permitieran contar con el tratamiento adecuado y eficaz...*’”. Al respecto, entiende que tal motivación “fue claramente excesiva y, por tanto, no pudo dar pie a una confianza que, en la medida del exceso, se viera defraudada”. En apoyo de su afirmación cita el peritaje médico que concluye que el tratamiento de la esclerosis múltiple con células madre no ha superado la etapa experimental, y el link “Preguntas Frecuentes” de la web de Matercell S.A., que menciona que el tratamiento de las esclerosis múltiples con células madre tenía reflejo solamente en “estudios preliminares”.

De ello Heredia concluye que “el perjuicio de que se trata debe suponer algún *concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto*, por lo cual no es admisible el reclamo si se trata de un daño puramente hipotético, cuya producción depende de una condición aún no realizada y en sí de incierta realización” (el resaltado me pertenece). Por ende, “la reparación de que se trata encuentra límite en que la contingencia sea razonable y que guarde relación de causalidad con el hecho generador (art. 1739 CCyC), ya que la causalidad es, precisamente, la que define la medida de la reparación de la pérdida de la chance”. En ese sentido, entiende que el almacenamiento de estas células en forma privada, para uso personal o familiar, no constituye una salvaguardia para terapias futuras.

Por otra parte, la prudencia que caracteriza esta sentencia tiene en cuenta que el señalado criterio ponderativo parco o estricto que impone la falta de prueba no conlleve “la fijación de una indemnización irrisoria o simbólica reconociéndose el daño en lo meramente formal o declarativo, pero negándolo en el terreno de lo operativo o conducente”, decidiendo por ende elevar el *quantum* de que se trata para el menor y para su madre.

## 3. Estado del arte sobre la utilidad de las CPH de cordón umbilical y de placenta para curar la esclerosis múltiple

Las Células Progenitoras Hematopoyéticas (CPH) son células encargadas de la hematopoyesis, es decir, de la formación de la sangre, que cuentan con la capacidad de renovarse (son capaces de reproducir una célula idéntica a sí misma) y diferenciarse (capaces de generar una o más subseries de células maduras). Bajo la influencia de determinadas señales químicas, se diferencian y dan origen a los glóbulos blancos –que combaten las infecciones en el organismo–, los glóbulos rojos –encargados de transportar el oxígeno a los tejidos– y las plaquetas –que participan en el proceso de coagulación de la sangre–<sup>(4)</sup>.

(3) Cfr. Picasso, S. y Sáenz, I. *Tratado de derecho de daños*, Buenos Aires, 2019. T. I, págs. 498/499, no 7.4 y T. II, págs. 556/559, no 3.3.5.

(4) Información del Registro Nacional de Donantes Voluntarios de Células Progenitoras Hematopoyéticas, creado mediante Ley N° 25.392/2001. Citado en Marrama, S. “La donación compulsiva de células madre para uso autólogo y la revelación de datos sensibles como violación de la intimidad constitutiva de la dignidad humana”. ED 258-120 (2014).

Son células multipotentes, es decir, células troncales presentes en los tejidos u órganos adultos que tienen una capacidad limitada de reactivar su programa genético como respuesta a determinados estímulos que les permiten dar lugar a algunos, pero no todos, de los linajes celulares diferenciados. “La *multipotencia* es la capacidad funcional de una célula de dar lugar a alguno, pero no todos, los linajes celulares. Algunas células troncales presentes en tejidos u órganos adultos son multipotentes. A veces se utiliza el término *plasticidad* como equivalente a multipotencia”<sup>(5)</sup>.

Estas células pueden hallarse, v.gr., en la médula ósea humana y en la sangre del cordón umbilical y de la placenta.

Desde hace tiempo la ciencia se encuentra investigando posibles usos de las CPH para curar enfermedades. La utilización de estas células adultas con finalidad terapéutica no encuentra, en principio, objeciones desde un punto de vista ético ni jurídico<sup>(6)</sup>.

La esclerosis múltiple, enfermedad que padece la señora M. P. B. desde el año 2002 –actora en el caso bajo análisis–, es un trastorno neurodegenerativo prevalente que se manifiesta como una afección neurológica progresiva.

En la búsqueda de nuevos enfoques para tratar o incluso curar la esclerosis múltiple, se han explorado varias formas de terapias basadas en CPH, en células madre mesenquimales y en células progenitoras de oligodendrocitos, tal como lo explica un artículo publicado en la prestigiosa revista científica *The Lancet*, titulado “Células

(5) Lacadena Calero, J. R. “Genética y sociedad”. Discurso leído en la solemne Sesión inaugural del curso. Madrid, 13/01/2011. Academia Nacional de Farmacia, disponible en <https://silo.tips/download/instituto-de-espaa-real-academia-nacional-de-farmacia-genetica-y-sociedad>. Fecha de consulta: 10/07/2022.

(6) Cfr. Quintana, E. M. “Reiterada tacha judicial respecto de una resolución del INCUCAI regulatoria de la colecta y uso de CPH provenientes del cordón umbilical”. ED 237-79.

madre mesenquimales para la esclerosis múltiple: ¿bombo publicitario o esperanza?”<sup>(7)</sup>. Para dar una idea del volumen de investigaciones al respecto, en la base de datos de la revista *Stem Cell Research & Therapy* –principal foro para la investigación traslacional en terapias con células madre–, con el término “*multiple sclerosis*” se encontraron 13.272 resultados. Los artículos que mencionan la enfermedad, publicados en el primer semestre del año 2022 son más de 100<sup>(8)</sup>. Sin embargo, estas terapias aún se encuentran en fase experimental.

#### 4. Conclusión

Lo reseñado brevemente en estas líneas muestra la prudencia de la decisión judicial analizada, dado que lamentablemente no puede afirmarse que en la actualidad exista un grado de probabilidad relevante, desde un punto de vista jurídico, de que el almacenamiento en forma privada –para uso personal o familiar– de células progenitoras hematopoyéticas provenientes del cordón umbilical o de la placenta sea una garantía concreta para terapias efectivas de cura de la esclerosis múltiple.

**VOCES: BIOÉTICA - TRASPLANTE DE ÓRGANOS HUMANOS - REGISTROS - MENORES - DAÑO MORAL - INDEMNIZACIÓN - INTERESES - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - DONACIÓN - MEDICAMENTOS - MÉDICO - PERSONA - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - DERECHOS HUMANOS - SALUD PÚBLICA - TECNOLOGÍA - HOSPITALES Y SANATORIOS - CONTRATOS - FAMILIA**

(7) Cfr. Holfeld, R. *Mesenchymal stem cells for multiple sclerosis: hype or hope?* Disponible en [https://www.thelancet.com/journals/lanneur/article/PIIS1474-4422\(21\)00324-0/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanneur/article/PIIS1474-4422(21)00324-0/fulltext) Fecha de consulta: 12/07/2022. Traducción propia del inglés.

(8) Cfr. *Stem Cell Research & Therapy*, disponible en <https://stemcellres.biomedcentral.com/> Fecha de consulta: 10/07/2022.

## Bioética:

Biobancos privados: regulación; recolección y conservación de material orgánico; células madre; contrato; naturaleza; incumplimiento; kit de recolección; omisión de entrega; deber de colaboración; obligaciones emergentes; omisión; cesárea de urgencia; servicio de emergencia; muestra del cordón umbilical; irrecuperabilidad. **Daño Moral:** Notoriedad; progenitores; toma de conocimiento del incumplimiento. **Menor:** Prueba del daño; pérdida de chance; falta de prueba; indemnización; cuantificación. **Intereses:** Devenir; oportunidad.

### Con nota a fallo

1 – La regulación de la actividad de los establecimientos privados que conservan unidades con fines autólogos es aquella que la Ley de Sangre establece para la autorreserva de sangre –las normas del depósito regular del Código Civil–, más allá, también, de lo que técnica y administrativamente fije la autoridad de aplicación, o sea el Ministerio de Salud, sin que la posibilidad de aplicar tales normas haya sido descartada por ninguna norma posterior, dado el silencio observado por la ley 24.193, modificada por la ley 26.066 (vigente al tiempo de los hechos del caso), o por la vigente ley 27.447. Sin perjuicio de ello, cabe también atender a lo que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes pudieron especialmente pactar, sin perder de vista el régimen tutelar del derecho del consumo pues, indudablemente, se está en presencia de un contrato cuyo destinatario final es el prestatario, identificado en el contrato respectivo como el niño naciente y sus progenitores.

2 – Si, como regla, el depósito es un contrato de confianza pues, precisamente, lleva implícito un acto de confianza del

depositante en el depositario, con mayor razón lo es cuando el objeto contractual está representado por la recolección y conservación de material orgánico que podría servir para el futuro tratamiento de la salud del contratante o su grupo familiar. Es más, el contrato de que se trata, además de ser “de confianza” (calificable incluso como extrema), se presenta como intuitus personae, pues la persona del depositario, sus calidades, aptitudes técnicas y especial pericia no han sido elementos de juicio irrelevantes para el depositante sino, por el contrario, decisivos a la hora de establecer el vínculo contractual, suponiéndose ínsita una colaboración, en la que el elemento “confianza personal” adquiere una importancia especial.

3 – Si el biobanco privado que concentra, criopreserva y almacena las células progenitoras hematopoyéticas, también llamadas “células madre”, provenientes de la sangre fetal placentaria y del cordón umbilical obtenidas en el nacimiento de personas humanas, no cumplió con la obligación contractual de entregar el kit de recolección, para lo cual había tenido tiempo suficiente, mal puede reprochar a terceros su propia omisión, pues es muy claro que, si el contacto –a su cargo– con el obstetra designado y/o su equipo para proporcionarle la información necesaria a fin de llevar a cabo una exitosa recolección hubiese sido cumplido, habría, cuando menos, facilitado la entrega del referido kit, material este último que solo la propia demandada podía suministrar para posibilitar la entrega al prestatario o a quien este designe a fin de que fuera provisto al laboratorio indicado por el prestatario, en el más corto tiempo posible.

4 – No puede calificarse de diligencia consistente con el caso de urgencia planteado ante una cesárea de urgencia la tardía comunicación que dijo haber establecido la dependiente del biobanco privado con una enfermera del sanatorio, cuando ya había concluido la referida cesárea. Ello así, pues entre el momento en que la empresa demandada tomó conocimiento de la situación y la hora del nacimiento del niño, pasó un tiempo prudencial que le hubiera permitido actuar con antelación y en forma oportuna.

5 – Corresponde concluir que el biobanco privado demandado faltó al deber de colaboración contractual pues, anunciado

- a su servicio de “urgencia” del ingreso del matrimonio contratante al sanatorio en situación de dar a luz, razones de evidente cooperación en el cumplimiento del programa contractual lo obligaban, incluso en caso de duda, a constituir a su personal en el nosocomio y no contentarse con meros y tardíos llamados telefónicos, lo cual es sentidamente reprochable al relacionarse con el cumplimiento de una obligación de guarda de unidades con fines autólogos –células madre– que la estructura empresarial de la demandada bien pudo facilitar para asegurar la recepción de un material evidentemente sensible.
- 6 – Al haber la demandada impuesto contractualmente que el requerimiento del servicio de “urgencia” habría de ser canalizado por el prestatario a números de telefonía celular por ella indicados, los riesgos correspondientes a una eventual falta de comunicación no pueden ser asumidos por el cocontratante en tanto consumidor, sino que debe correr a cargo de quien como proveedora –obligada en los términos de la ley 24.240– así lo determinó eligiendo tal medio de comunicación.
- 7 – Si bien cuando se trata de personas de muy corta edad la falta de comprensión del dolor propio y de su origen no obsta a la admisión del daño moral, lo cierto es que, aun así, la constatación de la existencia del perjuicio extrapatrimonial, como de cualquier otro daño, debe ajustarse a lo previsto por el art. 1744 del CCyC, que, sin diferenciar si el reclamante es un adulto o no, obliga a la prueba del daño por quien lo invoca, salvo que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos.
- 8 – Si bien la toma de conocimiento de la inexecución contractual por parte de los progenitores determina que no se les exija otra cosa para tener por acreditado el daño moral padecido como consecuencia de que la muestra del cordón umbilical de su hijo recién nacido no podría ser criopreservada, tal criterio no se traslada en el caso de autos al menor. Ello es así, pues su situación no es la de un daño moral cuya notoriedad pueda entenderse derivada de un conocimiento adquirido de la inexecución contractual y de su repercusión, en tanto su temprana edad le impide entender lo propio, por lo que deben precisarse, cuando menos, otros hechos distintos de la toma de conocimiento de la inexecución y su repercusión, a partir de los cuales podría inferirse el carácter notorio del perjuicio extrapatrimonial sufrido por el citado niño.
- 9 – No puede tenerse por acreditado el padecimiento de daño moral por un menor cuya muestra del cordón umbilical no pudo ser criopreservada como consecuencia del incumplimiento contractual en que incurriera el biobanco privado demandado por la sola circunstancia de que sufriera una internación sanatorial luego de su alumbramiento cuando –como en el caso– la misma no está causalmente relacionada con el referido incumplimiento por haber sido necesaria en razón del carácter “prematureo” del recién nacido. Súmese a ello que tampoco el niño conocía la enfermedad de su madre o temor él de padecerla y no poder contar con la sangre fetal para eventualidades futuras y, aunque por hipótesis esto último no fuera así, lo concreto es que tampoco el contrato incumplido ofrecía algo útil en favor de la enfermedad de la progenitora.
- 10 – Dado que la utilización de células madre en los casos de esclerosis múltiple se encuentra en etapa experimental y que tal enfermedad padecida por la madre fue la que motivó al matrimonio a contratar al biobanco privado demandado a fin de que criopreservara una muestra del cordón umbilical para que, si el hijo de ambos naciera con esta o cualquier otra enfermedad, tuviera a su disposición las células madre que le permitieran contar con el tratamiento adecuado y eficaz, corresponde concluir que, ante la inexistencia de prueba, no existe bastante fundamento para la determinación de la cuantía indemnizatoria derivada de la pérdida de chance por la imposibilidad de conservarla como consecuencia del incumplimiento contractual en que incurriera el demandado. Sin perjuicio de ello, aun observando el criterio ponderativo parco o estricto que impone la falta de prueba, no puede conducir a la fijación de una indemnización irrisoria o simbólica, reconociéndose el daño en lo meramente formal o declarativo, pero negándolo en el terreno de lo operativo o conducente.
- 11 – La procedencia de intereses sobre las sumas fijadas para reparar el daño moral se basa en la mora provocada por el incumplimiento contractual y, en consecuencia, corren desde que se produjo el perjuicio. En cambio, la pérdida de la chance, en tanto no es un daño que se produce simultáneamente con el incumplimiento, sino que es un daño sobreviniente a él, solo puede llevar accesorios a partir de la notificación de la demanda. M.M.F.L.
- 61.262 – CNCom., sala D, mayo 17-2022. – B., M. P. y otro c. Matercell S.A. s/ ordinario.**
- En Buenos Aires, a 17 de mayo de 2022, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa “B., M. P. y otro c/ MATERCELL S.A. s/ ORDINARIO”, registro n° 22.863/2017, procedente del JUZGADO N° 28 del fuero (SECRETARÍA N° 55), en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Heredia, Garibotto y Vassallo.
- Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:
- ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?
- A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, doctor *Heredia* dijo:
- 1º) La sentencia de primera instancia juzgó responsable a Matercell S.A. por incumplimiento del “Contrato de prestación de servicios para el almacenamiento de células obtenidas de la sangre remanente del cordón umbilical/placenta luego de ocurrido el parto” que suscribió con D. H. S. y M. P. B. y, en consecuencia, admitió la demanda promovida por estos últimos, por sí y en representación de su primogénito M. S. B., condenando a aquella al pago de una indemnización por daño moral en favor del matrimonio actor, y de otra por pérdida de la chance en favor del referido menor y de su madre.
- La decisión rechazó, empero, en cuanto aquí interesa, la reparación del daño moral reclamado en nombre de M. S. B. por entender que “...no puede considerarse que un niño recién nacido haya soportado padecimientos encuadrables en el concepto de daño moral como consecuencia del incumplimiento...”.
- La condena fue cargada con intereses y con las costas del juicio.
- 2º) Contra el reseñado fallo apelaron los actores y la demandada.
- Los primeros se agravaron por el rechazo de la indemnización del daño moral reclamado en favor de M. S. B.; por el monto asignado a la reparación de la chance perdida por la madre y su hijo; y por el punto de arranque de los intereses que corresponden a cada capítulo indemnizatorio (escrito de expresión de agravios del 30/11/2021).
- De su lado, Matercell S.A. cuestionó la imputación de responsabilidad de la que fue recipiendaria bajo el argumento de que hubo de parte de los actores omisiones que incidieron causalmente y de modo exclusivo en la provocación del daño. Con tal alcance, solicitó se declare la “... nulidad de la sentencia y se la revoque in integrum...”. En subsidio, pidió que las referidas omisiones se computasen como expresivas de una culpa concurrente, que se rechacen los rubros indemnizatorios o que, en su caso, se los reduzca “...al mínimo...” (escrito de expresión de agravios del 9/12/2021).
- Cada parte respondió las críticas de su adversaria (escritos presentados el 16/12/2021 –demandada– y 27/12/2021 –actores–).
- La Defensoría Pública de Menores e Incapaces tomó intervención el 16/3/2022 solicitando la admisión del recurso de la parte actora y el rechazo del articulado por la demandada.
- El Ministerio Público Fiscal dictaminó el 22/3/2022 propiciando la confirmación del fallo apelado.
- 3º) Evidentes razones de orden lógico en la exposición fuerzan a comenzar por el tratamiento del pedido de nulidad de sentencia que la demandada postula en su memorial con base en los mismos agravios de que se sirve para simultáneamente solicitar su revocación.

Lo requerido no puede ser admitido.

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

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

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

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

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

Veamos.

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

Con relación a dicho biobanco privado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto –mediante remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación– que “...la regulación de la actividad de los establecimientos privados –como en el sub lite Matercell S.A.– que conservan (...) unidades con fines autólogos es aquella que la Ley de Sangre establece para la autorreserva de sangre –las normas del depósito regular del Código Civil– más allá, también, de lo que técnica y administrativamente fije la autoridad de aplicación, o sea el Ministerio de Salud...” (conf. CSJN, 22/5/2012, “C., M. E. y otros c/ Estado Nacional –INCUCAI– s/ amparo ley 16.986”).

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

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

En tal sentido, la Ley de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos n° 24.193, modificada por la ley 26.066, que estaba vigente al tiempo de los hechos del caso (normativa esta última que, para alguna doctrina, debía tenerse en cuenta y armonizarse con las disposiciones de ley 22.990 y normas reglamentarias; conf. Lafferriere, J.

y Raskovsky, M., *Las células madre de cordón umbilical y la regulación de los biobancos en un fallo de la Corte Suprema*, DJ 24/9/2014, p. 7), nada dijo en contra de la aplicación del marco legal citado atinente al depósito regular. Asimismo, la vigente ley 27.447 sobre “*Trasplante de Órganos, Tejidos y Células*” observó el mismo silencio, pese a que a diferencia de su antecesora, ahora sí reconoce como objeto de regulación a “...La extracción de órganos, tejidos y células con fines de trasplante entre personas relacionadas...” (art. 21), estableciendo lo atinente al consentimiento en la donación de células progenitoras hematopoyéticas (art. 26) y declarando, entre otros aspectos, que “...Las instituciones en las que desarrollen su actividad trasplantológica los médicos o equipos de salud, son responsables en cuanto a los alcances...” de la actividad fijados en la propia ley 27.447 (art. 11).

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

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

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

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

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

En tal sentido, si como regla el depósito es un contrato de confianza pues, precisamente, lleva implícito un acto de confianza del depositante en el depositario (conf.

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

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

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

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

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

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

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

Para comenzar, cabe observar que al momento de contratar la señora M. P. B. designó al obstetra, doctor F. T., para que llevase a cabo recolección. Así lo precisó M. F.

B., empleada de Matercell S.A., al declarar como testigo ofrecida por esta última (fs. 405, repregunta 5ª).

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

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

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

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

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

La prueba, empero, demostró otra cosa.

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

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

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

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

Del cúmulo de llamadas entrantes y salientes que resultó acreditado, la ya citada testigo M. F. B., solo reconoció la existencia de una (fs. 404 vta., respuesta 9ª), lo cual no deja de ser llamativo frente a la completa memoria que mostró la declarante para dar otras respuestas. Como sea, en tal única llamada reconocida como recibida, el contacto que la testigo tuvo con el señor D. H. S. fue suficiente para quedar anoticiada de que su esposa y él mismo se hallaban en el Sanatorio Otamendi, obviamente aquella en situación de dar a luz (fs. 404 vta., respuesta 11ª). Puede presumirse con certidumbre que esa reconocida llamada fue la que tuvo lugar a las 02.48 hs., desde que fue la más prolongada (60 segundos; fs. 347) y que en las otras, teniendo en cuenta la escasa duración de cada una, no fue posible un intercambio comunicacional fluido. Pero, se insiste, cuanto menos a las 02.48 hs. la demandada ya estaba anoticiada de la presencia del matrimonio S.-B. al indicado nosocomio, para no otra cosa que esperar el alumbramiento de su hijo.

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

De tal suerte, entre el momento en que Matercell S.A. tomó conocimiento de la situación y la hora del nacimien-

to del niño, pasaron 40 minutos sin que dicha empresa adoptase una diligencia consistente con el caso de urgencia planteado, pues ciertamente no puede calificarse de tal la tardía comunicación que dijo haber establecido la testigo B. con una enfermera del Sanatorio Otamendi cuando ya había concluido la cesárea (fs. 404 vta., respuesta 11ª).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cabe recordar, asimismo, que en las “Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil” (año 1984) se declaró como indemnizable el daño moral causado a personas que carecen de discernimiento, y que en el mismo sentido esta alzada mercantil ha destacado que el resarcimiento del daño moral en favor de un menor es procedente con abstracción de la conciencia que pueda tener sobre el hecho generador de la lesión (conf. CNCom., Sala E, 23/10/2003, “Ferro de Castagnino, María Laura y otro c/ Scocier, Christian W. s/ sumario”).

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

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

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

La jurisprudencia ha generado interpretaciones compatibles con esto último.

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

En otros, la prueba del daño moral también es innecesaria porque se relaciona con una lesión a la integridad física del menor, vgr. daño neurológico provocado a una niña en el parto (conf. CNFed. Civ. Com., Sala 2, 21/5/1985, “Sanz, Oscar O. y otra c/ ENTEL s/ ordinario”); lesiones sufridas en accidente de tránsito (conf. CNCom., Sala C, 15/12/1992, “Gamarrá, Gerardo c/ Scaff, Julio”; CNCom., Sala C, 26/2/1999, “Vorro, Luis H. c/ Genta, Néstor”) o en ocasión de viajar en un transporte público (conf. CNCom., Sala E, 22/12/2004, “Baltarce, Diego c/ Ferrovías S.A. s/ ordinario”); etc.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tal normativa carece de relación directa e inmediata respecto de la temática examinada, la que es regida por



reglas, principios y criterios interpretativos de clara especificidad que, obviamente, no pueden ser ignorados con remisiones normativas genéricas.

Tampoco cuentan las abstracciones interpretativas.

Es que la abstracción es incompatible con la finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil y opuesta a su orientación actual que procura mirar del modo más atento posible a la víctima y a su daño. En rigor, únicamente examinando las concretas y específicas consecuencias de la violación, la indemnización cumple adecuadamente su función de subsanar o enmendar el daño o de satisfacer a la víctima de su padecimiento espiritual (conf. Zavala de González, M., *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, 1990, t. 2-A [daños a las personas – integridad psicofísica], p. 490, n° 150), siendo improcedentes las concepciones extensivas en las que la reparación carece de debida justificación (conf. Díez-Picazo, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 328).

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

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

Se reclama ante esta instancia la elevación de ambos montos.

Esta alzada mercantil suele examinar la indemnización de la chance perdida desde un punto de vista muy especial, esto es, cuando se reclama por la pérdida de chances “productivas”, según la feliz denominación de una destacada autora (conf. Zavala de González, M., *Resarcimiento de daños*, cit., t. 2-A, p. 378 y ss., n° 115). Bajo esa particular mirada, la pérdida de la chance constituye un daño actual –no hipotético– indemnizable, cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado por culpa del responsable, y que puede ser valorada en sí misma, en su intrínseco valor económico de probabilidad; no se identifica con la utilidad dejada de percibir, sino que lo resarcible es la *chance* misma, la que debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, sin que pueda nunca identificarse con el eventual beneficio perdido (véase entre muchos otros precedentes: CNCom., Sala D, 15/12/2006, “Mabromata Daniel José c/ Lloyds Bank Ltd. S.A. s/ sumario”; íd., Sala D, 27/3/2012, “LC Acción Producciones S.A. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. (ARTEAR) s/ ordinario”; íd., Sala B, 7/2/89, “Muraro, Heriberto c/ Eudeba s/ ordinario”, LL 1989-D-288; entre muchas otras).

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

Con tal mirada más amplia, entonces, es posible hablar, por ejemplo, de la indemnización de la pérdida de chances “afectivas” (conf. Zavala de González, M., *Resarcimiento de daños*, cit., t. 2-A, p. 382 y ss., n° 116); de la pérdida de la chance personal, que es la que incide sobre bienes de la personalidad, como el patrimonio de carácter biológico o fisiológico –vida e integridad psicofísica– y el de carácter moral o espiritual de la persona –derechos personalísimos– (conf. Jalil, J., *La pérdida de la chance en el Código Civil y Comercial*, RCyS 2020-IX, p. 23); de la pérdida de la chance en recibir un socorro (conf. Marcos E., *Acerca del resarcimiento por pérdida de chance de ayuda económica futura por la muerte de un hijo*, LLBA 2012 (mayo); Rugna, L., *Pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de hijos*, LLGran

Cuyo 2015 [octubre], p. 957); de la pérdida de la chance de sobrevida o de curación de una enfermedad (conf. CNCom., Sala D, 31/8/2017, “Caputo, Lucio A. c/ Assit Card Argentina S.A.”; Picasso, S. y Sáenz, L., ob. cit., t. I, p. 483, texto y jurisprud. cit. en nota n° 219; Hersalis, M., *La praxis médica y la pérdida de la chance en materia de curación*, RCyS 2020-XII, p. 110; Nieto, M., *Resarcimiento de la pérdida de la chance de curación*, LLNOA 2018 [mayo], p. 3); y aun, de modo más general, de la pérdida de la oportunidad de evitarse o de impedir un daño (conf. Barros Bourie, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 240, n° 155 y p. 379, n° 246; Márquez, J., *Distinción entre chance y lucro cesante: su recepción en el Código Civil y Comercial*, RCyS 2015-I, p. 5).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pero en vía de establecer cuál es, en concreto, la chance perdida por los recurrentes susceptible de ser considerada para su evaluación indemnizatoria, no me parece inadecuado omitir la ponderación de lo informado pericialmente para, en su lugar, hacer pie en la más amplia utilidad predicada por Matercell S.A. al contratar, pues ello fue lo formalmente expresado en acuerdo de voluntades y toda interpretación prescindente sería contraria a la buena fe y al principio de protección de la confianza suscitada en los actores (arts. 961 y 1067, CCyC).

A esta altura, me importa detenerme en un aspecto que no ha sido ajeno a la composición del reclamo de que se trata, cual es el atinente a la comprobada esclerosis múltiple que cursa la señora M. P. B. desde el año 2002 (conf. peritaje médico, fs. 469 vta., respuesta 1ª). En la demanda se expresó que tal enfermedad fue la que motivó al matrimonio S.-B. a contratar con Matercell S.A. a fin de que el hijo de ambos si “...*podiera nacer con esta o cualquier otra enfermedad, tuviera a su disposición las células madres que le permitieran contar con el tratamiento adecuado y eficaz...*” (fs. 53). Tal motivación, empero, fue claramente excesiva y, por tanto, no pudo dar pie a una confianza que, en la medida del exceso, se viera defraudada, dicho sea ello, claro está, con abstracción de todo juicio acerca de si aquella integró o no la causa del negocio (art. 281, CCyC). Así cabe pensarlo pues de acuerdo a lo explicado en el peritaje médico sin recibir críticas, el tratamiento de la esclerosis múltiple con células madre no ha superado la etapa experimental, faltando investigaciones para corroborar resultados (fs. 472, respuestas 13ª y 14ª); y porque eso mismo fue, precisamente, lo que sí con indudable relieve contractual se informó en el recordado link “Preguntas Frecuentes”, esto es, concretamente, que el tratamiento de las esclerosis múltiples con células madre tenía reflejo solamente en “estudios preliminares” (fs. 15 vta., reservada). Con lo que va dicho, entonces, que la probabilidad de una utilización de células madre en la hipótesis referida en la demanda, tenía un carácter más bien especulativo o, dicho con otras palabras, la probabilidad no tiene bastante fundamento para su consideración en el plano de la determinación de la cuantía indemnizatoria, pues el perjuicio de que se trata debe suponer algún concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto, por lo cual no es admisible el reclamo si se trata de un daño puramente hipotético (conf. CNCom., Sala D, 1/9/2016, “González, Ramón Alfonso c/ Citibank N.A. s/ ordinario”, ED del 29/9/2016, fallo n° 59.267; Trigo Represas, F. y López Mesa, M., *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 471 y su cita del fallo de la CSJN, 15/7/1997, “R., P. A. c/ Estado Nacional y/u otros”, La Ley, 1997-F-15), cuya producción depende de una condición aún no realizada y en sí de incierta realización (conf. Morello, A., *Indemnización del daño contractual*, La Plata-Buenos Aires, 1974, p. 176).

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

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

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

La queja es parcialmente admisible.

Es que la procedencia de intereses sobre las sumas fijadas para reparar el daño moral se basa en la mora provocada por el incumplimiento contractual y corren desde que se produjo el perjuicio (arts. 886 y cit. 1748, CCyC; CNCom., Sala D, 8/2/2022, “Contarino, Lorena Liliana y otros c/ Atrápalo S.R.L. s/ ordinario”). Por ello, en este aspecto el agravio procede.

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

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

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

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

Así voto.

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

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

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

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

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

Notifíquese electrónicamente.

Cúmplase con la comunicación ordenada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ley 26.856 y Acordadas CSJN n° 15/2013 y 24/2013), agréguese copia de lo resuelto y, cumplido el plazo fijado por el cpr 257, devuélvase la causa en su soporte físico y digital –a través del Sistema de Gestión Judicial y mediante pase electrónico– al Juzgado de origen. – *Pablo D. Heredia*. – *Juan R. Garibotto*. – *Gerardo G. Vassallo*.

## Notificación:

Traslado de la demanda: recaudos legales; apreciación; carácter restrictivo; derecho de defensa en juicio. **Proceso Ordinario:** Acompañamiento de copias: eximición; dene-gación.

1 – *Corresponde confirmar la decisión del juez de grado que denegó la solicitud de la actora de eximirla de acompañar copias, pues no puede subsumirse lo peticionado en lo dispuesto por el art. 121 del CPCCN, en razón de la inexistencia de dificultad alguna en su reproducción, aun cuando se trate de cuatro demandados y que las mismas se encuentren digitalizadas.*

2 – *En la notificación del traslado de la demanda deben tomarse los recaudos necesarios para garantizar debidamente el derecho de defensa en juicio, habida cuenta de la trascendencia del acto procesal de que se trata. Ello es así en razón de que el demandante debe ser, sin dudas, el primer interesado en extremar las precauciones para lograr que la relación procesal quede válidamente configurada, propósito que armoniza con el carácter inobjetable de la sentencia favorable a la que aspira.*

3 – *En la apreciación de los recaudos legales requeridos para la notificación de la demanda se debe proceder con carácter restrictivo, por lo que aun en caso de duda corresponde brindar una solución que evite conculcar derechos de raigambre constitucional como el reglado en el art. 18 de la CN. M.A.R.*

**61.263 – CNCom., sala F, julio 8-2022. – Del Plata Ingeniería Austral S.A. c. Interoil Argentina S.A. y otros s/ordinario.**

Buenos Aires, 8 de julio de 2022

Y Vistos:

1. Apeló subsidiariamente la parte actora la decisión que denegó la solicitud de eximirla de acompañar copias con fundamento en lo dispuesto por el art. 121 Cpr (v fs. 73/74 y 76).

Los fundamentos se tuvieron por formulados a fs. 75.

2. En forma liminar no cabe desatender que cuando se trata de la notificación del traslado de la demanda deben tomarse los recaudos necesarios para garantizar debidamente el derecho de defensa en juicio, habida cuenta la trascendencia del acto procesal de que se trata. Ello es así en razón de que el demandante debe ser, sin dudas, el primer interesado en extremar las precauciones para lograr que la relación procesal quede válidamente configurada, propósito que armoniza con el carácter inobjetable de la sentencia favorable a la que aspira.

Y así, en la apreciación de los recaudos legales requeridos para la notificación de la demanda se debe proceder con carácter restrictivo, por lo que aún en caso de duda corresponde brindar una solución que evite conculcar derechos de raigambre constitucional como el reglado en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional (cfr. esta Sala F, 8.7.2010, “León María de los Ángeles c/Pomes Luis María y otros s/ordinario”).

En mérito a esas circunstancias, compulsados que fueron los anexos acompañados por la actora, no se advierte que las copias cuya eximición solicita, pueda subsumirse en lo dispuesto por el art. 121 Cpr y por ende relevarla de lo dispuesto por la Sra. Juez en el acto cuestionado. Tampoco se advierte dificultad en su reproducción que amerite la solicitud, aun cuando se trate de cuatro demandados y que la misma se encuentre digitalizada.

3. Por ello, *se resuelve*: confirmar lo resuelto en el grado. Las costas por la actuación en Alzada serán a cargo del apelante con el alcance sentado por esta Sala *in re*: “Zenobio Marcela Alejandra s/ped. de quiebra por Deluchi Martín César” Exp. COM31445/2011, del 25/9/2014”.

Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 6/14) y devuélvase a la instancia de grado. – *Ernesto Lucchelli*. – *Alejandra N. Tevez*. – *Rafael F. Barreiro* (Prosec.: María Eugenia Soto).



