

Danos Sufridos En Un Local De Comidas Rapidas Playa De Estacionamiento Automac Lesiones En Una Pelea

JURISPRUDENCIA

estacionamiento. Automac. Lesiones en una pelea

Daños sufridos en un local de comidas rápidas. Playa de

Se confirma la sentencia que rechazó la excepción de falta de

legitimación pasiva e hizo lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios incoada con motivo de las lesiones sufridas por el actor cuando se encontraba en la playa de estacionamiento del local de comidas rápidas de la codemandada, a raíz de una riña allí ocurrida.

Lomas de Zamora, a los 13 días de Mayo de 2015, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces que integran esta Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I, de este Departamento Judicial, Dres. Javier Alejandro Rodiño y Carlos Ricardo Igoldi con la presencia del Secretario actuante, se trajo a despacho, para dictar sentencia, la causa n° 71963, caratulada: "CABALEIRO MAXIMILIANO RUBENC/ ARCOS DORADOS S.A. Y OTRO/A S/DAÑOS Y PERJ. DEL./CUAS. (EXC.USO AUT. Y ESTADO)".- De conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, del mismo Estado, la Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes: -CUESTIONES- 1º.- ¿Es justa la sentencia dictada? 2º.- ¿Qué corresponde decidir? Practicado el sorteo de ley (art. 263, últ. parte, Cód. Proc.), dio el siguiente orden de votación: Dres. Carlos Ricardo Igoldi y Javier Alejandro Rodiño.- -VOTACION-

A la primera cuestión, el Dr. Carlos Ricardo Igoldi dice: I.- La Sra. juez titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial número cinco de este departamento judicial, dictó sentencia a fs. 439/444 por la cual rechazo la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Arcos Dorados Argentina S.A. e hizo lugar parcialmente a la demanda iniciada por Maximiliano Rubén Cabaleiro contra Arcos Dorados Argentina S.A. y Remo S.A. y en consecuencia condenó a estos últimos a abonar a aquel dentro del plazo de diez días de quedar firme la liquidación a practicarse las sumas de dinero que estableció (en los considerandos IV y V) con más los intereses respectivos. Dispuso que la condena era extensiva a Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A. Impuso las costas a los demandados vencidos y difirió la regulación de los honorarios para la oportunidad prevista por el art. 51 de la ley 8904.. Que el mencionado pronunciamiento fue apelado por la actora a fs. 445, por el codemandado Arcos Dorados a fs. 447, por el codemandado Remo S.A. a fs. 448 y por la citada en garantía a fs. 456, siéndoles concedidos los recursos libremente a fs. 446, fs. 459, fs. 461 y fs. 457 respectivamente. A fs. 482/483 obra la expresión de agravios de la actora, la que mereciera la réplica del codemandado Arcos Dorados Argentina S.A. a fs. 514/517. A fs. 484/492 expresó agravios la codemandada Arcos Dorados S.A., a fs. 493/503 hizo lo propio la citada en garantía Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A., y a fs. 504/505 se encuentra glosada la expresión de agravios del codemandado Remo S.A. Ninguna de ellas ha merecido réplica alguna de la parte contraria. A fs. 519 se llamaron autos para sentencia por providencia que se encuentra consentida. II.- DE LOS AGRAVIOS: 1.- De la actora:

Se agravia la actora -a modo de síntesis- por el reducido monto de las condenas. Sostiene que la suma fijada por el rubro incapacidad física resulta reducida en función de las graves secuelas que ha sufrido el actor en el evento dañoso. Lo mismo con relación al rubro daño moral; cuyo monto indemnizatorio acordado por el a-quo lo considera exiguo por lo que solicita su elevación.

2.- De la demandada Arcos Dorados Argentina S.A. Se agravia la misma, por el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva, al no haberse tenido en cuenta que se ha probado que la codemandado Remo S.A. es la empresa que explota comercialmente el local donde ocurrió el hecho La misma, contaba con la habilitación municipal y era quien emitía los tickets de venta de productos que se expendían en el negocio como las facturas de compra. Tampoco, se está frente a una relación de consumo que podría extender la responsabilidad por la solidaridad del art. 40 de la ley de defensa del consumidor. Se agravia también por considerarse en la sentencia recurrida que en este caso y en relación a Arcos Dorados ha existido una relación de consumo que debe encuadrarse en la ley 24.240. Tampoco dicha relación de consumo ha existido con la codemanda Remo S.A. porque el actor no realizó consumo alguno antes de la pelea. Agregan que en el caso, ha mediado un supuesto de eximición de una presunta responsabilidad de tipo extracontractual por verificarse una eximente contemplada en el párrafo segundo del art. 1113 del Cód. Civil, referido a la culpa de un tercero por quien no debe responder en consonancia con el art. 514 del mismo cuerpo legal que contempla el supuesto del caso fortuito o fuerza mayor. A ello se adiciona, que en el caso ha mediado un supuesto de culpa de la víctima, por considerar la recurrente que el actor fue el que generó la pelea estando ebrio con los terceros que invadieron de manera inesperada el espacio del automac. Se agravia también, por cuanto en la sentencia recurrida el a-quo hace pesar sobre Arcos Dorados un incumplimiento de una supuesta obligación de seguridad o tácita de garantía que en este caso no existía. Ello, porque considera que este deber de seguridad puede ser exigido sólo por un cocontratante. Por último, se agravia en relación a los rubros admitidos en la sentencia recurrida, considerando excesivos los montos acordados como indemnización. Puntualmente, la

incapacidad física y el daño moral solicitando que los importes acordados sean reducidos y se establezcan teniendo en cuenta el grado de las lesiones padecidas por el actor. Respecto del rubro gastos y traslados solicita que el mismo sea rechazado por considerar que no se ha probado la existencia de dicho daño.

3.- De la citada en garantía Zurich Argentina Cía. de Seguros S.A. Se agravia del rechazo por parte del juez de grado de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el codemandado Arcos Dorados Argentina S.A. En lo que al punto se refiere, manifiesta que las pruebas producidas en autos han verificado que efectivamente, el local es explotado por la codemandada Remo S.A. y que la restante demandada, no tiene relación alguna con el local. Le causa agravio a su vez, que la juez de grado haya considerado a las demandadas civilmente responsables por el hecho sufrido por el actor, condenándolas a indemnizar los perjuicios sufridos y la extensión de la condena a la citada en garantía. Considera que la a-quo yerra sobre el encuadre jurídico en el que imputa responsabilidad a las demandadas. Básicamente al considerar al actor como ?consumidor? en los términos de la ley 24.240, cuando no puede ser considerado como tal, en tanto no adquirió ningún bien o servicio de las demandadas. Pone de resalto que resulta inaplicable en este caso el encuadre contractual de la responsabilidad, debiendo juzgarse el caso de acuerdo a la de índole aquiliana, resultando aplicables los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil. Se agravia también, de que la a-quo consideró que no ha mediado en el caso ninguna eximente de responsabilidad, y que en el local debe contarse con ?personal de seguridad idóneo y capacitado a tal efecto?. Se agravia en cuanto la sentencia condena a abonar rubros por montos superiores a los reclamados en la demanda, configurándose la situación de ?ultra petita?. Finalmente se agravia de la las sumas excesivas acordadas en concepto de indemnización por el rubro incapacidad sobreviniente y daño moral, solicitando se adecue el monto teniendo en cuenta las lesiones sufridas por el actor. Con relación al rubro gastos de farmacia y medicamentos, se agravia de su procedencia por considerar que no se ha acreditado su existencia, por lo que solicita su rechazo.

4.- Del codemandado Remo S.A. Se agravia en primer lugar, que el inferior considere que existe responsabilidad de su parte, por la sola circunstancia de que el daño que sufre el actor lo fue en el ámbito de su establecimiento. Aduce que ha planteado que en el presente caso se estaría en presencia de una relación de naturaleza extracontractual, al no haber acreditado el actor haber utilizado alguno de los servicios que brinda el lugar. Se agravia también del monto indemnizatorio acordado en lo que hace al daño físico y al daño moral, solicitando su disminución por considerarlos elevados a tenor de las lesiones sufridas por el actor.

III.- De la réplica En ocasión de contestar el traslado de los agravios formulados por la actora, la codemandada Arcos Dorados Argentina S.A. la ha acusado de no haber cumplido con la carga que impone el art. 260 del Código de rito; por lo que solicita se declare su deserción en los términos de los arts. 265 y 266 del Cód. Procesal. Tocante al pedido hecho en la réplica para que se declare desierto el recurso, basado en la inexistencia de suficiente fundamentación, debo dejar sentado que esta Sala, efectivamente, se ha impuesto un criterio de exigir la formulación de una crítica concreta objetiva, razonada y circunstanciada de todos y cada uno de los fundamentos del fallo. Es así, que el desarrollo de los agravios a la luz del artículo 260 del Código Procesal Civil y Comercial de nuestra provincia, supone, como carga procesal, una exposición en la que mediante el análisis razonado y crítico del fallo impugnado se evidencie su injusticia. La expresión de agravios debe contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que se consideren equivocadas, en base a las constancias de autos, debiendo ser la pretensión de la quejosa autosuficiente y demostrativa de los desaciertos del Magistrado, pues no resulta ataque idóneo las meras afirmaciones del recurrente no avaladas en circunstancias emergentes del proceso, ni la mera disconformidad con lo decidido, toda vez que este proceder en manera alguna satisface la requisitoria legal de los arts. 260, 261 y 266 del rito y, en consecuencia, acarrea como lógica conclusión, que corresponda desierto este aspecto del recurso (esta Sala, causa: 65.280 RSD: 231/08 S. 01/07/2008 in re "Moravicky, Alejandro c/ Bressan, Luciana s/ Ds. y Ps."). Esta Sala ha dicho, a su vez, que en los casos que aún mínimamente se cumplieran tales extremos, y se entendiera que está en juego el principio de defensa en juicio, corresponde atender tales quejas, siguiendo la denominada doctrina amplia; aunque excepcionalmente (CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 181/92; 46/93; 138/93; 177/93; 96/94; 56/98 y ot). En mi concepto, el escrito cuestionado no puede ser calificado de insuficiente, respecto de las críticas que formulan al decisorio apelado, por lo que corresponde sin más, atender sus quejas y revisar la justicia del fallo (doctrina del art. 260 CPCC y Jurisp. anotada).

IV.- CONSIDERACION DE LAS QUEJAS 1.- Ingresando al planteamiento de los recurrentes, advertiré que los Jueces no están obligados a tratar todas las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que hagan mérito de aquéllas que consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones (CSN noviembre 8-1981, "Dos Arroyos SCA c/ Ferrari de Noailles" en "Actualización de Juris.", N° 1440, La Ley, 1981 - D, pág. 781; CALZ, Sala 1, Reg. Sent. Def. 32/90 172/00 entre otras). Tales cuestiones esenciales, son éstas que, según las modalidades del caso, resultan para la correcta solución del pleito y vienen constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento y que -por su naturaleza. influyen preponderantemente en el fallo, las vinculadas a la dimensión cuantitativa del objeto de la pretensión (SCBA, AC. 21917, DJBA, T. III, pág. 15, ídem Ac. 35.221 "Ramos de Pagella c/ Escot", 22-4-86). Pongo de resalto que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo, se circunscribe a las que estime necesarias para la sentencia que

deban dictar (Santiago C. Fassi., "Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado", T I, pág. 278). No se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco a rebatir todos y cada uno de los fundamentos por ellas invocados. No es vano recordar que cuando un expediente llega a la Cámara de Apelación, en virtud de un recurso, es la Alzada quien adquiere la plenitud de la jurisdicción, ocupando desde entonces la misma posición que tenía el juez de la primera instancia; le corresponden idénticos deberes y derechos (C.S.J.N., 2-11-95, in re "Miguel, Lorenzo c/ Estado Nacional"; "Sandler, Héctor c/ Estado Nacional", Rep. El Derecho, T. 30, pág. 1072, n 21; esta Alzada, 4-IV-06; Causa 62.061, Reg. Sent. Def. 60, Diario "El Derecho", 12-IX-06, n° 11.591, fallo 54.240). Efectuadas estas consideraciones previas y haciendo aplicación de la "doctrina amplia", en cuanto a la valoración de los recursos deducidos, pasaré a continuación a tratar las quejas planteadas. 2.- De la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la codemandada Arcos Dorados Argentina S.A. Al contestar la demanda la codemandada Arcos Dorados Argentina S.A. opuso la excepción de falta de legitimación pasiva, fundando la misma en la circunstancia que el local donde habría ocurrido el hecho es explotado por la firma Remo S.A (también demandada en autos), careciendo por ello de legitimación para ser demandada por los hechos relacionados con ese establecimiento comercial. Con respecto a la excepción de falta de legitimación deviene prudente recordar que, cuando se controvierte la existencia de la ?legitimatío ad causan?, se está planteando que quien demanda o aquel contra quién se demanda, no revisten la condición de personas idóneas o habilitadas por la ley para discutir el objeto sobre que versa el litigio. En ese sentido, la certeza de la falta de legitimación en la causa trae aparejado que ni el accionante ni el accionado sean titulares de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión accionada, con prescindencia de su fundabilidad, es decir, que el actor no revista la condición de acreedor, o que el demandado no se encuentre obligado como deudor de la pretensión. Ya que a todo evento, la fundabilidad solo será próspera cuando se haya vencido el vallador inicial de la legitimación, además del resto de las cuestiones que deben ser satisfechas en el proceso para lograr la satisfacción de la pretensión. A los efectos de clarificar la legitimación pasiva de la excepcionante, resulta de vital importancia efectuar el análisis de la cuestión a la luz de la ley de defensa del consumidor, y determinar si en el presente caso existe entre las partes una relación de consumo en los términos de la misma. En efecto, y en este aspecto coincido con la jueza de la anterior instancia en cuanto al marco normativo aplicado, ya que la normativa general prevista en los Códigos Civil y de Comercio sufre excepciones importantes cuando el contrato tiene por objeto una relación de consumo encuadrable en la Ley 24.240.

Las normas de esta ley son correctoras, complementarias o integradoras para el supuesto especial de tener que aplicarse al contrato para consumo, y no sustitutivas de la regulación general contenida en los códigos y demás legislación vigente. Concretamente, esta ley no contiene una regulación completa de los actos que puedan dar nacimiento a un contrato para consumo según sus previsiones, sino que trata de corregir y evitar los abusos a que podría dar lugar la aplicación de la legislación ordinaria general preexistente en perjuicio de quien actúa como consumidor, pues es la parte estructuralmente más débil en las relaciones de consumo (Belluscio-Zannoni, Código Civil y Leyes Complementarias, T. 8, Defensa del Consumidor y Usuario, Ed. Astrea, Bs. As., 2001, pág. 880). Tal como establece el art. 1° de la ley 24.240, en la parte que nos interesa, se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social, la adquisición o locación de cosas muebles. Entonces, del conjunto de disposiciones que contiene la ley, se desenvuelven las diferentes notas que deben necesariamente caracterizar el derecho del consumidor como sistema, esto es, incorpora normas portadoras de soluciones: 1) de protección, 2) específicas, 3) preventivas, 4) colectivas y 5) efectivas. De manera primordial, su articulado es de protección y defensa, pues el legislador parte del supuesto de la debilidad de los consumidores en las relaciones con los empresarios. Una debilidad motivada en desigualdades reales que lo colocan naturalmente en una posición de desequilibrio (en el poder de negociación, en la inequivalencia del contenido del contrato, derechos y obligaciones recíprocas) y esencialmente en una desinformación del consumidor en torno al objeto de la relación (v. Stiglitz "Defensa de los consumidores de productos y servicios", pág. 31; Juan M. Farina "Defensa del consumidor y usuario", pág. 30/31). Como lo ha señalado el Dr. Galdós (Responsabilidad civil por daños al consumidor en C. Civil. com. de Bueres-Highton, tomo 3 "B", pág. 296) al decir, que el consumidor integra la categoría de los débiles jurídicos en el marco de la sociedad contemporánea posmoderna y globalizada, notablemente influenciada en sus relaciones jurídicas por a economía de mercado. Los consumidores, aunque cuantitativamente mayoritarios, ya que "todos somos consumidores", constituyen una minoría cualitativa por su vulnerabilidad e inferioridad técnica, fáctica y jurídica frene a poder de las empresas especialmente las megaempresas, prestadoras y productoras de bienes y servicios. Po otra parte, dispone el art. 40 que si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el proveedor, el vendedor, y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio.

Así, y por aplicación de la norma que vengo mencionando no cabe duda alguna de la legitimación pasiva que en el presente caso reviste el codemandado Arcos Dorados Argentina S.A. En efecto, del dorso del ticket anexado al escrito de demanda, surge que se encuentra insertado el nombre de la misma al decir "Arcos Dorados Argentina S.A." bienvenidos Mc Donald s y finalmente la

leyenda gracias. Dicha circunstancia, por si sola resulta suficiente a los fines del rechazo de la excepción en tratamiento, atento a que la marca de la mencionada empresa inserta en el ticket por aplicación del art. 40 de la ley de defensa del consumidor lo hace solidariamente responsable debiendo responder en forma eventual con los demás obligados frente al consumidor. No obsta a dicha conclusión, los agravios vertidos en la pieza impugnatoria por parte del nombrado en el sentido que no puede considerarse en el particular, que ha existido una relación de consumo atento a que no se ha acreditado que el actor haya adquirido o consumido algún producto. Ello así, toda vez que más allá del análisis que se efectuará infra al tratar el recurso deducido en cuanto a la responsabilidad, lo cierto es que el evento ha sucedido en el Automac de la empresa demandada, lugar que ofrece el servicio de comidas rápidas además de estacionamiento para los autos que efectivamente efectúen la compra de algún producto. Por lo demás, lo cierto es que es la marca de la empresa excepcionante la que atrae a los consumidores, más allá que el local comercial se encuentre explotado por otra empresa, como ocurre en el presente caso. Y en este contexto del análisis que vengo efectuando, si bien la prueba contable y su contestación al pedido de explicaciones que obran a fs. 383/385 y fs. 410/411 respectivamente es concluyente al decir que el local comercial de Mc Donalds ubicado en Boulevard Buenos Aires ... de Monte Grande, es explotado por Remo S.A. conforme lo que surge de la habilitación municipal y los libros comerciales y que la nombrada es la única titular del local y quien emite los tickets de venta de los productos que se comercializan en el establecimiento; tal circunstancia es insuficiente a los fines de desvincular en la cuestión a Arcos Dorados Argentina S.A. precisamente porque el titular del negocio comercializa su marca Mc Donalds. En base a lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Arcos Dorados Argentina S.A.; por lo que corresponde confirmar lo resuelto por la a-quo en la instancia de origen en cuanto a este punto se refiere (art. 345 inc. 4º del Cód. Procesal, arts. 5 y 40 de la ley 24.240). Es que no cabe duda alguna en el particular, de la relación comercial que la excepcionante posee con la codemandada Remo S.A, quien explota el local comercial en el que se produjo el hecho que da lugar a la presente acción; pero a su vez comercializando la marca de aquella y por tal motivo aparece su nombre en los tickets que emite la nombrada. 3.- De la responsabilidad. Su encuadre jurídico. Corresponde continuar con el análisis de la cuestión que versa sobre la atribución de responsabilidad, la cual el demandado Remo S.A, y la citada en garantía ponen en crisis; para luego habiendo despejado el tema, ingresar en el análisis de las restantes cuestiones. De los escritos constitutivos del proceso; como así también de la prueba testimonial obrante en la causa; surge que el hecho que da origen al presente reclamo, tuvo lugar en el estacionamiento del establecimiento comercial de la codemandada Remo S.A., más precisamente donde funciona el llamado servicio de Automac. En efecto, adviértase que de las declaraciones testimoniales de Fernando Daniel Morales (ver fs. 204/205); Celeste Fernández (ver fs. 207/208); Natacha Ivana Kubatov (fs. 210/211) y Daniel Antonio Polentarutti (ver fs. 212/213); surge que el actor resultó lesionado en una revuelta o pelea que se produjo en el sector del automac; no pudiéndose precisar quien o quienes iniciaron la discusión. A su vez, del informe de fs. 242/248, se desprende que el accionante fue atendido en el servicio del Hospital General de Agudos Donación F. Santojanni, como consecuencia de la agresión física recibida por varias personas. Estos elementos, resultan suficientes a los fines de tener por acreditado que el actor se encontraba en el estacionamiento, sector ?Automac?, el día que invoca en su demanda, que fue agredido y resultó lesionado. Sentado lo expuesto, es preciso determinar cual es la responsabilidad que le cabe en el suceso a la codemandada Remo S.A., atento a resultar la misma la explotadora del local comercial al momento de producirse el infortunio. Al respecto, corresponde señalar que la relación que vincula al titular de un establecimiento como el descripto en autos con los clientes que asisten al mismo es de naturaleza contractual. Ello implica que el dueño del lugar, asume una obligación accesoria de seguridad enderezada a preservar la integridad física de los concurrentes al mismo. En el caso, la obligación de seguridad es siempre contractual y directa -en el sector del hecho propio- y tiene su fundamento en el art. 1198, 1º párrafo del Cód. Civil, resultando indiferente que haya sido expresamente prevista por las partes -art. 1197 del digesto civil-. La misma reviste naturaleza objetiva, por lo que a la víctima le basta probar el daño sufrido y la relación de causalidad. En definitiva se trata de una obligación contractual objetiva tácita de seguridad. En virtud de ello, se encontraba a cargo del titular del local accionado probar la culpa del actor o identificar a un tercero que hubiera intervenido en el evento y demostrar la culpa de éste último, circunstancias que no han acaecido en el particular. En que en casos como el presente, los eximentes de responsabilidad son únicamente los propios de la responsabilidad objetiva o de las obligaciones de resultado, esto es la prueba de la propia culpa de la víctima o el hecho fortuito por el que no se debe responder. Es así, que en dicho marco, la empresa demandada está obligada a asumir por la actividad que desarrolla, un deber secundario de velar porque no se produzca ningún daño en la persona o los bienes de quienes concurren al establecimiento comercial. En cuanto a la posibilidad de que el suceso haya acontecido por caso fortuito o fuerza mayor, el mismo debe ser además de inevitable -sea porque no pudo preverse, sea porque, aunque previsto o previsible, no pudo ser evitado- extraordinario, anormal y ajeno al presunto responsable, es decir, que no hubiera ocurrido por su culpa. Como se desprende de lo antedicho, tales circunstancias no se dan en la especie, no probándose eximente de responsabilidad (art. 514 del Cód. Civil). Tampoco debemos perder de vista, que el art. 42 de

la Constitución Nacional consagra los derechos del consumidor y del usuario en la relación de consumo, amparando su salud y seguridad; debiendo conjugarse el mismo en sintonía con el Art. 5 de la ley 24240, en lo que refiere a la protección del consumidor.

En efecto, conforme tales previsiones las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios; y en concordancia con ello la obligación de seguridad a la que me referí precedentemente, debe ser interpretada en función de que los servicios se presten conforme a las razonables expectativas puestas por los consumidores. A mérito de lo que vengo diciendo, entiendo, y esa resulta mi propuesta al Acuerdo, que la responsabilidad por el hecho generador del presente reclamo debe recaer en la empresa Remo S.A., titular de la habilitación comercial del establecimiento donde funciona el Automac; la que se hará extensiva a la codemandada Arcos Dorados S.A. -a tenor de lo dispuesto por el art. 40 de la ley 24.240- y a la citada en garantía Zurich Argentina Cía. de Seguros S.A., esta última hasta el límite de la franquicia. 4.- De los rubros y montos indemnizatorios

a.- Daño o incapacidad física: La actora se agravia con lo resuelto en la instancia de origen, alegando que el monto indemnizatorio resulta exiguo teniendo en cuenta la naturaleza de las lesiones sufridas; mientras que, por el contrario, la codemandada Remo S.A. y la citada en garantía consideran excesivo el monto que se acordara por indemnización por el presente rubro, Corresponde puntualizar que la indemnización por incapacidad sobreviniente tiene por finalidad cubrir no sólo las limitaciones de orden laborativo, sino también su proyección con relación a todas las esferas de la personalidad, es decir, la disminución de la seguridad, la reducción de la capacidad vital, el empobrecimiento de perspectivas futuras, etc. (Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil Obligaciones" t. IV-A, pág. 120; Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil Argentino Obligaciones", t. I, pág. 150, n° 149, entre otros). Así es que con esta indemnización, se tiende a paliar las ineptitudes o deficiencias físicas o cualquier otra secuela de carácter concreto y permanente que pueda afectar la vida de relación de la víctima (conf. Trigo Represas-López Mesa en "Tratado de la Responsabilidad Civil", Editorial La Ley, Buenos Aires 2004; Pág. 766 y ss.). Ahora bien, a fin de medir la incapacidad sobreviniente, los informes periciales, aunque constituyen un elemento importante a considerar, no conforman una pauta estricta que el juzgador deba seguir inevitablemente, ya que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las demás consecuencias que afectan a la víctima. Y digo ello, sin perjuicio de entender que la prueba pericial médica es la fundamental a los fines de formar la convicción sobre la incapacidad física de la víctima, cuestión fáctica eminentemente científica, que no puede ser acreditada a través de otro medio probatorio. Resta decir, que conforme viene expresando esta Sala I -criterio que se ha mantenido a lo largo de sus distintas composiciones- para establecer la indemnización por incapacidad sobreviniente a los daños físicos, no existen pautas fijas. Se trata de circunstancias de hecho variables de caso en caso y libradas por ello, a la apreciación judicial, atendiendo a las circunstancias particulares del damnificado, debiendo establecerse en función de todas las actividades del sujeto y de la proyección que las secuelas del infortunio tienen sobre la personalidad integral de quien las sufre, apreciando a tal fin la naturaleza de las lesiones, edad, sexo, actividades que desarrolla, etc. Este principio debe ser interpretado con amplitud en el sentido del resarcimiento pleno de todo el daño material proveniente de secuelas que consisten en incapacidad sobreviniente, en torno a la doctrina que reconoce la vida humana como fuente de posibilidades económicas para el lesionado y su familia (conf. CN Civil, Sala D octubre 29/975, L 1976-C-4242; 33.627, esta Sala causas 60.469 y 60.469 bis del 15/11/05 RSD 403/05 entre muchas otras). De la pericia médica de fs. 336/341, se desprende que el actor sufrió como consecuencia del evento de autos un politraumatismo, con trauma cráneo cervical y miembro superior izquierdo. Como consecuencia de las lesiones el experto consideró que el trauma encefalocraneano con pérdida de conocimiento, le generó como secuelas una serie de manifestaciones clínicas reconocidas como síndrome posconmocional de Pierre Maire, con sintomatología subjetiva paresia acomodativa visual de aparición esporádica y síndrome vestibular postraumático que otorga una incapacidad de un 10% a un 15%; a su vez el mecanismo del accidente le generó un esguince cápsulo ligamentario traumático de la columna cervical, por lo cual presenta como secuela una cervicobraquialgia izquierda con limitación de los movimientos del cuello por contractura persistente de los músculos paravertebrales y alteración radiológica con compromiso radicular que otorga una incapacidad con un mínimo de 8% a un máximo de 15%; se aprecia una incapacidad de un 8%. También presenta como secuela una alteración de muñera izquierda (miembro no hábil) con tenosinovitis residual del tercer y cuarto dedos, se aprecia un 5%. En base a todos estos antecedentes estima una incapacidad parcial y permanente del 25,71%. En atención a lo expuesto, y no encontrando mérito para apartarme de la pericia aludida (arts. 374 y 384 del Cód. Procesal), entiendo que la suma establecida para la cuantificación de este daño en la anterior instancia, resulta adecuada, por lo que propongo al Acuerdo su confirmación, debiendo desestimarse la totalidad de las quejas vertidas en cuanto a este punto se refieren (arts. 519, 520, 1068, 1083, 1086 y concordantes del Código Civil y 165 del CPCC jurisprudencia y doctrina citadas).

b.- Daño moral: En cuanto a la queja formulada por el monto establecido para resarcir el daño moral, que los apelantes expresan en sentido contrapuesto, diré que la comisión de un acto antijurídico permite por sí sola, presumir la existencia de agravio moral, es una prueba in re ipsa, surge inmediatamente de los hechos mismos (art. 1078 del

Cód. Civil). Sabemos que el daño moral es una lesión en los sentimientos, por el sufrimiento o dolor que padece la persona, que no es susceptible de apreciación pecuniaria (Llambías, Jorge J., ?Tratado de Derecho Civil - Obligaciones?, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, Tomo I., pág. 329, párrafo N° 256) y que para probar su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, lo cual es imposible, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. Nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia y la intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o de la decepción" (Bustamante Alsina, Jorge en ?Teoría General de la Responsabilidad Civil?, 8ª edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 244). En la reparación del daño moral no domina la idea de una pena para el responsable, sino la de compensar, de alguna manera, el daño causado a la víctima. Ahora bien, es tarea delicada la cuantificación de este daño pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como en principio debe hacerse de acuerdo al artículo 1083 Código Civil. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. La dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, dolor físico, padecimientos propios de las curaciones y actuales malestares subsistentes. Es por ello que su cuantificación queda sujeta, más que cualquier otro concepto, al prudente arbitrio judicial, dependiendo del hecho generador, así como de las particulares situaciones que en cada supuesto se verifican (SCBA, Ac. 42.303, S 03/04/90). Tomando en cuenta las pautas antes señaladas y las probanzas rendidas en autos, especialmente las lesiones sufridas por el reclamante -ya detalladas-, los padecimientos sufridos, las características del evento por el que se reclama y las demás condiciones personales de la víctima; habré de proponer al acuerdo su confirmación, desestimando por ende las quejas vertidas al respecto por el actor y los demandados (art. 1078 del Código Civil y art. 165 del CPCC).

c.- Gastos de farmacia y medicamentos: Se agravia la citada en garantía en cuanto a la procedencia del presente rubro; por considerar que el mismo no se encuentra acreditado. Comparto íntegramente la fundamentación vertida al respecto, por la Sra. Juez de Primera Instancia al hacer lugar a la indemnización reclamada por este concepto. Respecto a este rubro cuestionado en cuanto a que no se ha acreditado su existencia, pongo de resalto que la falta de constancias de las erogaciones efectuadas por gastos médicos y de farmacia, conspira contra su precisa determinación, pero las máximas de la experiencia indican que en sintomatologías dolorosas se requiere la utilización de medicamentos, o tratamiento paliativos, y que, en general ciertos gastos no cuentan con una registración adecuada. En este orden de ideas, y resultando -a mi criterio- en el particular adecuado el uso de la facultad otorgada a los jueces por el art. 165, tercer párrafo del Código Procesal, que, en la especie entiendo se ha utilizado de manera equitativa y razonable por parte de la Sra. Magistrada de la instancia de origen, propongo al Acuerdo confirmar lo resuelto en la sentencia recurrida, desestimando las quejas vertidas por la citada en garantía en cuanto a este punto se refiere (arts. 165, 375 y 384 del Cód. Procesal).

En virtud de estas consideraciones, y siendo íntegramente justo el decisorio apelado a la primera cuestión

VOTO POR LA AFIRMATIVA

A la misma primera cuestión, el Dr. Javier Alejandro Rodiño dice: Coincido con la solución propuesta por mi distinguido colega que abre el acuerdo. Agrego, respecto de la legitimación pasiva y responsabilidad de la codemandada Arcos Dorados Argentina S.A., que el marco jurídico desde el cual debe abordarse el conflicto suscitado entre las partes efectivamente debe regirse -además de las normas generales de responsabilidad- también por los arts. 1, 3, 5, 40, 65 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, interpretados a la luz del art. 42 de la Constitución Nacional y 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Ello así, por cuanto ha quedado acreditado en el caso que el siniestro se produjo en las instalaciones del local Mc Donald's -precisamente en el sitio de expedición de productos y estacionamiento denominado ?Automac' del establecimiento-, cuya marca pertenece a la excepcionante y la explotación comercial a Remo S.A.; circunstancia que permite considerar al accionante como usuario o consumidor y, por ende, sujeto del amparo previsto por la normativa antes citada, cuya aplicación corresponde aún de oficio por tratarse de una ley de orden público (art. 65 LDC, fs. 204/205, 207/208, 210/211 y 212/213). Desde esta óptica, es que entiendo que cuando las personas sufren daños en el ámbito de una relación de consumo, rige una presunción de responsabilidad respecto del proveedor de bienes o servicios, derivada de la obligación de seguridad establecida por el art. 42 de la Constitución Nacional, el art. 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y los arts. 5, 40 y concordantes de la ley 24240. No obsta a lo expuesto el hecho de que, conforme lo afirmara la recurrente, no se haya acreditado en forma fehaciente que el actor hubiese efectuado consumo alguno o, en su caso, que la codemandada Arcos Dorados Argentina S.A. no hubiese prestado o suministrado absolutamente nada fuera o dentro del local; pues la relación de consumo -y las consecuencias jurídicas que de ella se derivan- no se verifica, se agota, o queda restringida sólo a tales actos. La relación de consumo, como definición, es mucho más. En este sentido, autores como Ricardo Lorenzetti vienen definiendo a la relación de consumo de un modo tal que el concepto abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido antes, durante y después de

contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual; o cuando es sometido a una práctica del mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente (Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2003, pág. 74). En la misma sintonía, también se ha dicho que ?El propio art. 42 de la Constitución Nacional adopta esta expresión de ?relación de consumo? para evitar circunscribirse a lo contractual y referirse con una visión más amplia a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios.? (CNac.Ap. en lo Civil, Sala F, autos ?Torres Erica C/ Coto CICSA y otro?, LL2004A,433, voto de la Dra. Highton de Nolasco) Por su lado, la Corte Nacional dejó establecido también que la relación de consumo a la que alude el art. 42 de la Constitución Nacional debe interpretarse con gran laxitud, y abarca no sólo a quien adquiere bienes y servicios para su consumo final sino también a quien los utiliza sin haberlos adquirido y aún a aquellas personas que sin siquiera utilizarlos han actuado en respuesta a la oferta emanada del proveedor. Dijo, a su vez, que se debe ?considerar también el derecho a la seguridad previsto en el art. 42 CN., que se refiere a la relación de consumo, que abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados. De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quiénes no lo hicieron, o entre quiénes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales?. (C.S.J.N., autos: ?Mosca Hugo C/ Provincia de Buenos Aires y otros, ED,222-135). No puedo tampoco dejar de advertir que esta misma línea de pensamiento es la que ha sido adoptada por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación -cuya vigencia comenzará a regir en breve-, y que a la fecha resulta hábil como destacada doctrina. Se sostiene allí, respecto de la relación de consumo, que ?...Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social?. (art. 1093, segundo párrafo, nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación. El resaltado es propio). Que, dicho lo anterior y conforme lo expresado por mi colega en el voto precedente, estimo que resulta de aplicación al presente lo previsto por el art. 40 de la ley 24.240, en cuanto dispone que ?Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio?. (el resaltado es propio) Y dentro de este contexto, no siendo objeto de controversia que la marca Mc Donald's pertenece a la firma excepcionante, no me caben dudas acerca de su legitimación pasiva para estar en este pleito, así como tampoco respecto de la responsabilidad que le cabe por los hechos acontecidos en el local titularidad de Remo S.A., pues si bien es esta última sociedad quien cuenta con la habilitación municipal y explota comercialmente el establecimiento, frente a los ojos del consumidor, es la marca Mc Donald's -y no otra- quien los atrae a consumir en el local, ya sea por la publicidad que despliega en torno a sus productos o servicios, o bien por el conocimiento popular de la misma -lo que es un hecho público-; siendo todo ello lo que, en definitiva, tuvo en miras el legislador al ampliar los alcances de la responsabilidad por daños prevista en el art. 40 antes citado. En otras palabras, y en mi parecer, es claro que los consumidores concurren al local comercial precisamente por tratarse de Mc Donald's (como marca o nombre de fantasía), más allá de que el mismo resulte en los hechos explotado por otra sociedad, por una persona física, por la propia titular de la marca o por quien sea.- En suma, por lo antes expuesto y por compartir los fundamentos expresados por mi colega preopinante, VOTO EN IGUAL SENTIDO. A la segunda cuestión el Dr. Igoldi expresa: Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede corresponde confirmar la apelada sentencia de fs. 439/444. Las costas de Alzada deberán imponerse a los apelantes, que mantienen la condición de vencidos (art. 68 del CPCC). Los honorarios profesionales se regularán en su oportunidad (conf. ley 8904). ASI LO VOTO A la misma segunda cuestión el Dr. Rodiño por compartir los fundamentos, VOTA EN IGUAL SENTIDO. Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA En el Acuerdo celebrado quedó establecido que la sentencia apelada es íntegramente justa y debe ser confirmada en la medida de los recursos y agravios. Asimismo que las costas de Alzada deben imponerse a los apelantes y a la citada en garantía que continúan en su calidad de perdedoras (art. 68 del Cód. Procesal). Por ello, consideraciones y citas legales: 1.- Confírmase la apelada sentencia de fs. 439/444 en lo que ha sido materia de recursos y agravios. 2.- Impónense las costas de Alzada a los apelantes y a la citada en garantía, que continúan perdedoras en el pleito (art. 68 del Cód. Procesal).} 3.- Difiérase la regulación de los honorarios profesionales intervinientes para su oportunidad (arts. 23 y 51 de la ley 8904). Regístrese. Notifíquese y consentida devuélvase a la instancia de origen.

002420E