

Responsabilidad Objetiva Del Supermercado Caída En Una Gondola

JURISPRUDENCIA

Responsabilidad objetiva del supermercado. Caída en una góndola

Se eleva la indemnización otorgada por la sentencia que hizo lugar a la demanda por los daños y perjuicios que sufriera el accionante en las instalaciones del supermercado de la empresa demandada, al golpearse con un elemento que sobresalía de las góndolas y caer al piso. /// la ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los quince días del mes de Diciembre de

dos mil quince reunidos en la Sala III del Tribunal, los señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, doctores Eugenio A. Rojas Molina y Juan Manuel Castellanos, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "ARENA, GRACIA C/ CENCOSUD S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?" habiéndose practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código de Procedimientos Civil y Comercial), resultó que debía observarse el siguiente orden; Dres.: CASTELLANOS-ROJAS MOLINA, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES 1ra.: ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 273/281? 2da.: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION A LA PRIMERA CUESTION: el señor Juez doctor Castellanos dijo: I.- ANTECEDENTES: a) A fs. 13/18 la

Sra. Gracia Arena promovió demanda por los daños y perjuicios que aduce haber sufrido en las instalaciones del supermercado Easy, Sucursal Ituzaingó, sito en Av. Perón 9509, resultando demandadas Cencosud S.A. y/o quien resulte civilmente responsable del establecimiento comercial.- Reclama la suma de \$76.500 y/o lo que en más o en menos resulte de las pruebas, con más sus intereses, siendo los rubros reclamados los siguientes: daño físico; daño psíquico; daño moral y gastos de farmacia y tratamiento.-

Al narrar la versión de los hechos expuso que se encontraba caminando por uno de los pasillos del establecimiento, cuando repentinamente se golpea debajo de la rodilla con un elemento contundente que sobresalía de las góndolas donde colocan los objetos para la venta. Continúa narrando que a raíz del impacto pierde el equilibrio y cae al piso golpeándose con varillas que estaban allí tiradas, ocasionándole una seria lesión en su pierna derecha, siendo atendida en una sala de primeros auxilios del lugar y luego trasladada en ambulancia al Instituto de Haedo donde se le diagnosticó fractura de fémur derecho. Atribuye la responsabilidad exclusiva a la empresa demandada al no haber garantizado las condiciones mínimas de seguridad. b) A fs. 38/42 contestó

demanda Cencosud S.A. efectuando la negativa de rigor respecto del relato de los hechos alegados por la accionante y de los daños que esgrimió haber padecido, desconociendo la documental acompañada por ésta. Puso especial énfasis en el accionar de la propia víctima como causante del daño, quien avanzaba en forma distraída. A su turno cuestionó la idoneidad de los testigos aportados respecto de la ocurrencia del siniestro.- c) La sentencia en crisis obrante a fs. 273/281, en base a las probanzas colectadas en autos, tuvo por acreditado el hecho denunciado. La a quo interpretó que el mismo se produjo en ocasión de una relación de consumo y encuadró el caso de autos en la violación de la obligación de seguridad establecida en el art. 42 de la CN y en los art. 5 y 40 de la Ley de Defensa del Consumidor. En consecuencia atribuyó la exclusiva responsabilidad en cabeza de la accionada, haciendo lugar parcialmente a la demanda, condenando a Cencosud S.A. a abonar a la reclamante la suma de \$203.000 en concepto de

indemnización por daños y perjuicios con más los intereses calculados la tasa equivalente promedio mensual (tasa pasiva) para operaciones a plazo fijo a 30 días del Banco Provincia de Buenos Aires, desde la fecha de mora acaecida el 13/07/2003 hasta el efectivo pago, imponiendo las costas a la accionada.- d) A fs. 288 apeló la sentencia la parte actora y a fs. 289 hizo lo propio la demandada. Sendos recursos fueron concedidos libremente a fs. 290 y sustentados con la expresión de agravios de fs. 299/303 vta. (actora) y fs. 308/311 (demandada) con las réplicas incorporadas a fs. 317/318 vta. (demandada) y fs. 319/321 vta. (actora).- II.-

LOS AGRAVIOS: En atención a la temática central cuestionada por la accionada, por una cuestión de orden metodológico esbozaré en primer lugar sus agravios.- a) El eje del recurso de Cencocud S.A. reposa en cuestionar la exclusiva atribución de

responsabilidad que se le endilgara en la producción del evento dañoso. Aduce que la falta de elementos de prueba impiden acreditar la efectiva existencia del hecho, las circunstancias en que el mismo acaeció y la participación de la cosa inerte como causal del daño. Cuestiona en este sentido que la judicante haya tomado en consideración versiones de testigos comprendidos en las generales de la ley que no resultaron ser presenciales del hecho -Sres. Gómez y Lanza- y que además no han sido mencionados por la actora como acompañantes al momento de efectuar las compras.- Objeta que incumbía a la actora probar el riesgo o vicio de la cosa inerte con la que dice haberse golpeado, sin que exista además elemento de prueba alguno que amerite tener la certeza que el episodio pudo haber sido producido por un objeto contundente que salía de la góndola.- Partiendo de tales premisas el caso a su entender no

debió haber sido encuadrado bajo la órbita de la ley de defensa del consumidor, toda vez que no se conformó una relación de consumo entre las partes, sino que debe analizarse bajo la lupa del art. 1113, 2º párrafo del Civil -hoy derogado- donde la demandada de corresponder debe responder como dueña de la cosa por sus riesgos o vicios. Siguiendo esta línea de pensamiento

expone que incumbía a la parte actora la carga de probar la relación de causalidad, representada por la intervención de la cosa inerte riesgosa o viciosa en la generación del daño. Resumió que la Sra. Arena no demostró que la caída haya sido por causa imputable a la demandada y que la única responsable ha sido la propia demandante por su propio accionar negligente e imprudente.- En segundo plano recurrió los montos asignados por los rubros reclamados y admitidos. Inició por el daño físico. Desde su parecer entiende que la suma fijada deviene desproporcionada. Encuentra que la pericia médica por ella impugnada ha sido defectuosa, haciendo hincapié en que la incapacidad del 74.40% -en rigor de verdad no es 74.40% sino 72.40%-, asignada por el experto excede el real valor funcional del miembro inferior, más aún cuando puede apoyar y caminar con ayuda de calzado especial con realce. Reseña que la Sra. Arena no justificó cuál es el verdadero perjuicio ocasionado.- También direccionó su disconformidad respecto a la valoración que la a quo efectúa del rubro daño moral (\$50.000), solicitando su rechazo y en subsidio su adecuación a límites razonables y proporcionados con la entidad del daño sufrido. A renglón seguido ataca la partida reconocida en concepto de daño psíquico (\$50.000), por considerarla arbitraria, persiguiendo en esta Alzada su desestimación al no constituir un tercer género de daños que deba ser indemnizado, desde que interpreta que sólo pueden coexistir el daño patrimonial y el extrapatrimonial, incurriendo de esta forma en una doble indemnización al hacer lugar tanto a la pretensión resarcitoria por daño moral como de daño psíquico.- b) A tu turno la Sra. Arena cuestionó la cuantía de todas las partidas indemnizatorias admitidas, como asimismo la falta de admisión del rubro tratamiento psicológico y psiquiátrico.- Respecto del daño físico fijado en \$100.000, propone su elevación al devenir desproporcionado en relación a la incapacidad padecida a raíz del accidente (72.40%), vulnerando de esta forma el principio de reparación integral y resultando a todas luces discordante con las cuantías que esta Sala asigna para casos análogos. Postula que la cifra acordada sea elevada a \$437.000 como mínimo.- En otro segmento de su exposición requiere que este Tribunal eleve el monto acordado por daño psíquico (\$50.000) y se ajuste a la real incapacidad padecida en este plano estimada por el perito en 50%, señalando la recurrente que el dictamen pericial no fue observado por la demandada.- En otro párrafo focaliza su disconformidad respecto de la cifra acordada por daño moral (\$50.000) en razón de ver truncada su vida plena al no poder volver a caminar, repercutiendo en su tranquilidad anímica y espiritual. Requiere su elevación.- En esta misma senda también recurre los gastos de farmacia fijados en \$3000, encontrándolos nimios conforme las lesiones padecidas y las erogaciones que ha tenido que efectuar durante un lapso temporal por demás extenso, sin que sea menester prueba acabada al respecto.- No escapa a sus críticas la falta de acogimiento de los gastos por tratamientos psiquiátrico y psicológico recomendados por la profesional, los que a entender de la recurrente siquiera fueron contemplados por la a quo y que a valores actuales ascienden a la suma de \$68.900, resaltando que la demandada ninguna observación efectuó al respecto. Pide su admisión.- III.- LA SOLUCIÓN PROPUESTA: A) ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD: Siguiendo el orden asignado, analizaré en primer término los agravios de la parte demandada en tanto impugna la responsabilidad atribuida, conforme los argumentos que ya fueran referidos en II.- Como ya se expuso, la señora Juez de primer grado encontró acreditado el hecho conforme fuera narrado en la versión de la accionante, y endilgó la responsabilidad en cabeza de la accionada. Es condición indispensable la acreditación misma del siniestro por cuyas consecuencias se reclama y la relación de causalidad adecuada entre el hecho y los daños que alega la actora haber sufrido a consecuencia de aquél. De esta forma lo principal es que la parte actora demuestre que estuvo en el local Easy, sucursal Ituzaingó y que resultó lesionada a raíz del golpe producido por un elemento contundente que sobresalía de las góndolas y la posterior caída al piso donde golpeó con varillas de hierro que estaban allí dispersas. De tal modo, teniendo en cuenta las pruebas arrojadas al proceso, corresponde cotejar el plexo probatorio a fin de que no queden dudas acerca de la existencia del hecho y su nexa de causalidad adecuado con los daños que denuncia haber padecido la accionante a raíz de aquél, analizando sólo aquellos elementos allegados por las partes al proceso que de acuerdo a las reglas de la sana crítica sean esenciales para formar mi convicción (conf. arg. arts. 375, 384 y ccs. del Código Procesal). Veamos: A fs. 1 se acompaña ticket de compra original del Easy Ituzaingó, donde se aprecia que la compra fue efectuada el día del accidente denunciado, esto es, el 13/07/2003 a las 15:04 hs. documento que permite tener por comprobado que efectivamente ingresó en dicho establecimiento. Si bien la accionada negó la autenticidad de la prueba documental acompañada por la actora, lo cierto es que se trata de un ticket que prima facie reúne las formalidades que autorizan a tenerlo por veraz.- A fs. 88 declaró el testigo Agustín Lanza, a quien le comprenden las generales de la ley por ser yerno de la Sra. Arena, quien manifestó que fueron de compras junto con su mujer y que estaban caminando por un pasillo y de repente ven en el piso a la Sra. Arena, necesitando de una silla de ruedas para poder levantarla, observando que debajo de ella había un fierro en el piso. Adita que había puertas contra la góndola y cerca de las puertas un fierro que sobresalía del piso, unos cuatro o cinco centímetros. Que era como un tope para sostener las puertas. Que la llevaron a la Sala de Auxilios del local y luego llamaron a Vittal, siendo trasladada en ambulancia al Hospital de Haedo.- A fs. 90 declaró el testigo Omar Gómez quien aclaró que la actora es la abuela de su esposa, comprendiéndole las generales de la ley. Expuso que la había acompañado al Easy para hacer unas compras toda vez que le estaba refaccionando la casa; que estaban en el sector donde venden aberturas, puertas ventanas y que siente

un grito, viendo a la actora que estaba en el piso caída. Que la gente del local le trajo una silla de ruedas. Que se había caído sobre un fierro, un gancho que sobresalía, ya que aparentemente estaban refaccionando ese sector del local; que había cosas desparramadas por todos lados, cajas, varillas, puertas fuera de lugar en el lugar de paso y había una especie de gancho que sobresalía del piso, que era un soporte para las puertas que se ponían en las góndolas sin que hubiese ninguna cinta que impidiese el paso. Que al levantar a la Sra. Arena, abajo de ella percibe que había un fierro que era con el que se había tropezado; que la llevaron a una Sala del local y que luego la trasladaron al Hospital de Haedo. Adita que tenía un corte en la pierna.- Aclárese que los testigos ofrecidos por la actora no han sido cuestionados en su idoneidad por la demandada en la oportunidad procesal pertinente (art. 456 del rito), siendo inviable que lo pretenda hacer en esta instancia (art. 155 del CPCC) más allá que sus dichos deberán ser percibidos con mayor rigurosidad al momento de su evaluación. Recuérdese que en este sentido que la Suprema Corte se expidió al respecto en un fallo dictado por este Tribunal señalando que "No corresponde descalificar la declaración testimonial por la sola circunstancia de hallarse comprendida en las generales de la ley. Tales manifestaciones, en todo caso, han de ser evaluadas con mayor rigor y estrictez. (SCBA LP C 117573 S 05/03/2014 Juez KOGAN (SD) Carátula: Scrimaglia, Elida Noemi c/Telefónica Argentina S.A. s/Daños y perjuicios Magistrados Votantes: Kogan-de Lázzari-Pettigiani-Genoud Tribunal Origen: CC0003MO).- - A fs. 125 se acompaña ficha de ingreso de la Sra. Arena al Instituto de Haedo el día del accidente (13/07/2003) quien ingresa en ambulancia. A fs. 126 el citado nosocomio describe en la H.C. que ingresó por caída desde su propia altura sobre cadera derecha en centro comercial.- A fs. 228 la demandada Cencosud S.A. desiste de la prueba confesional de la parte actora.- De esta forma tengo por acreditada la versión de los hechos y su mecánica siendo coincidente con las versión de su escrito liminar y que ya fueran descriptos en el punto I -ANTECEDENTES- de este voto, y por los vertidos al formular la denuncia penal que en este acto se tienen a la vista (IPP 276.174).- Liminarmente debe sopesarse entonces el marco normativo que debe aplicarse en supuestos como el de marras, pues ha sido materia de recurso, definiendo para tal guisa si la relación entre las partes debe encuadrarse dentro de la órbita extracontractual (art. 1113 del CCiv. vigente al tiempo de los hechos) o por el contrario, inmersa en la órbita del microsistema del derecho del consumo conforme los términos de la ley específica (n° 24.240 y sus modificatorias) que tuvo recepción constitucional en el art. 40 y 42 de la CN y art. 38 de la CP, incorporada al Código Civil y Comercial recientemente puesto en vigencia en forma específica en los artículos 1092 a 1122. De ser así deberá determinarse entonces qué alcance tiene, y cuáles son las obligaciones derivadas de ese vínculo entre el consumidor o usuario y el proveedor y la eventual responsabilidad de la demandada al respecto. Es profusa la jurisprudencia que señala que "Al hallarse la actora dentro de las instalaciones que la encartada explota comercialmente, debe ser catalogada como consumidor en virtud del juego armónico de los arts. 5° y 6° de la Ley 24.240, lo que conlleva un deber de seguridad para con su persona, en coincidencia con el deber de buena fe en las relaciones contractuales (art. 1198, primera parte, del Cciv. hoy derogado, pero que mantiene su vigencia respecto de la oportunidad en que acaeció el siniestro? (cfr. CNCIV, Sala B, 14/08/2015, en autos "Salatino c/ Coto CICSA s/ Ds. Ps?)- Dispone el art. 5° de la LDC: "Protección al Consumidor. 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?-. Dicha norma debe ser armonizada con el derecho a la seguridad previsto constitucionalmente para los consumidores y usuarios en el art. 42 CN, incorporado tras la reforma de 1994 como nuevos derechos y garantías y que estaba previsto en forma implícita en el art. 1198 del Código Civil derogado y hoy plasmado en el art. 729 del CCCN cuando se trataba el efecto de los contratos.- Es en base a este deber genérico de la normativa del consumidor en consonancia con la Carta Magna Nacional y Provincial que debe encaminarse la solución.- La Dra. Kemelmajer de Carlucci entendió que si bien es verdad que el art. 5 de la ley 24.240 que conforma la esfera del derecho del consumidor se refiere específicamente a los servicios y productos enajenados, es pauta general aplicable por analogía a la seguridad que deben prestar las cosas a través de las cuales la relación de consumo se establece (S.C.MENDOZA, Sala I, su voto en autos "Bloise de Tocchi c/ Makro S.A. s/ Ds. Ps, de fecha 26/07/2002)?.- En tal lineamiento, orientado a la interpretación normativa amplia se expidió posteriormente la CSJN en el famoso y comentado caso "Mosca c/ Provincia de Buenos Aires -Policía Bonaerense- s/ Ds. y Ps.? de fecha 06/03/2007, referenciado en forma atinada por la a quo en sus fundamentos. Allí se señaló que "el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales o bilaterales. Que no cabe interpretar que la protección de seguridad -prevista por el art. 42 de la CN- tenga un propósito meramente declarativo, sino que, por el contrario, es correcta la hermenéutica -orientada hacia el goce directo y efectivo por parte de sus titulares?.- (subrayado agregado)

Punto aparte merece la referencia al nuevo cuerpo normativo de fondo que comenzó a regir a partir del 01/08/2015. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no es aplicable al caso de autos para fundar en derecho este fallo pues las consecuencias producidas y consumadas, no se encuentran afectadas por las nuevas leyes, excepto retroactividad, deviniendo apelable el llamado consumo jurídico.- Ello significa que el acaecimiento del hecho por el que hoy se reclama comenzó y feneció con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva legislación de fondo, la cual, de todos modos sigue la línea protectoria y tuitiva de los derechos

del consumidor previstos en la legislación especial aplicable (ley 24.240 y modificatorias) incorporando específicamente al contrato de consumo en el Título 3 del Libro Tercero 3 del CCCN.- De hecho la sanción de la novel normativa de fondo hace descansar en la esfera consumeril no sólo la efectiva protección de los intereses económicos del consumidor, sino también una función tuitiva de la integridad física y del trato digno hacia la persona (hoy incorporados en el CCCN en forma genérica en los arts. 51 y 52 y en lo específico en el art. 1097) Cabe recordar en este sentido que el art. 3 del Código Civil -derogado, pero que mantenía la misma línea que el actual art. 7 del CCCN- establecía que las leyes se aplicarán a partir de su entrada en vigencia aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, es decir que consagra la aplicación inmediata de la ley nueva, que rige para los hechos que están in fieri o en curso de desarrollo al tiempo de su sanción; lo que no puede juzgarse de acuerdo con ella son las consecuencias ya consumadas de los hechos pasados, que quedan sujetas a la ley anterior, pues juega la noción de consumo jurídico (conf. SCBA C. 101.610, sent. del 30-IX-2009). Luego de este paréntesis, y volviendo al caso de autos, conforme las probanzas colectadas se tiene por acreditado el hecho denunciado por la actora, conforme la versión de los hechos descriptos en la demanda, pues independientemente de no haber percibido los testigos el momento exacto del accidente, vieron la escena inmediatamente posterior a la caída de la Sra. Arena, coligiéndose por las reglas de la lógica y de las presunciones que el accidente se desencadenó en el escenario que fuera descripto por ambos testigos en forma uniforme y conteste. La veracidad de los dichos de testigos no oculares debe evaluarse según la casuística, pero en este tipo de supuestos la sana crítica permite asistirle plena veracidad a sus manifestaciones.- Por otro lado, no resulta un dato relevante lo expuesto por la demandada en el sentido que la actora en su demanda no haya referido que los dos testigos la habían acompañado al supermercado; y en su caso tenía a su alcance diversos medios de prueba para contrarrestar los testimonios -por caso, empleados del local, registro de ingresos a la Sala de Auxilio-, recordando que desistió de la prueba confesional respecto de la Sra. Arena, denotándose una marcada orfandad probatoria de su parte en los términos del art. 375 del rito.- Recuérdese que el art. 53, 3º párrafo de la LDC (texto según ley 26.361, art. 26) expresamente establece que en las relaciones de consumo los proveedores deberán aportar los elementos de prueba en su poder a fin de arribar al esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio, siendo aplicable tal precepto en todo el conglomerado de circunstancias que conforman el vínculo entre las partes, desde su nacimiento hasta su extensión y recordando que más allá que este disposición haya sido incorporada en el año 2008, posterior al hecho de marras.- Como se expuso ut supra, las cosas y servicios a las que hace alusión el artículo 5 de la ley 24.240 incluyen todos aquellos elementos de que se sirve la proveedora para llevar adelante el negocio y su incidencia en relación con los consumidores también debe estar amparada por la obligación a la que se viene haciendo referencia.- Y conforme el material probatorio anexado resta dilucidar si la eximente de responsabilidad invocada por el demandado -culpa de la propia víctima- se encuentra probado con tal entidad como para interrumpir total o parcialmente el nexo de causalidad.- Es que se colige claramente que la demandada que explota el local comercial no adoptó las medidas de seguridad, siendo ésta su obligación en pos de prevenir en su infraestructura situaciones como el infortunio padecido por la Sra. Arena, obrando en forma negligente, sin observar el cuidado y la previsión que el caso ameritaba, más aún teniendo en cuenta la gran cantidad de personas que circulan a diario por lugares como el que ocurrió el hecho.- De esta forma omitió suprimir y neutralizar las causas que originen "peligrosidad" y la consecuente repercusión sobre la integridad física de las personas que transitan por el lugar.- El deber de seguridad correspondía a la demandada y el factor de atribución en supuestos como el que analiza es objetivo; en razón de ello, no puede atribuírsele a la accionante la carga de probar las deficiencias de las instalaciones: basta con que acredite que el hecho ocurrió dentro del establecimiento comercial y que el daño fue ocasionado por el contacto con la cosa -nexo de causalidad-, siendo la accionada en su caso quien deba demostrar la causal de la que intenta valerse como eximente para desligarse de responsabilidad, no habiendo probado en modo alguno que haya sido el propio obrar culpable y negligente de la Sra. Arena quien utilizando en forma anormal o de un modo no previsible los bienes y cosas de que se sirve la demandada en el lugar para la explotación de su actividad -en este caso estructura de las góndolas- haya ocasionado su propia caída. De modo tal que la ubicación de cosas inertes fuera de sus lugares habituales ha sido la causal efectiva que dio génesis al hecho.- De hecho las cosas inanimadas o inertes como pueden ser los elementos que ocasionaron las lesiones a la Sra. Arena no es causa de accidente si han ocupado su lugar normal y no presentan anomalías (cfr. Mayo, Jorge, "Responsabilidad por cosas inertes", E.D.170-999).- No hay cosas peligrosas en función de su naturaleza, sino de las circunstancias (SCBA Ac. 93.988 del 27/06/2007; Llambías, "Tratado de Derecho Civil de las obligaciones", T. IV-A, pág. 472).- En su contestación de demanda sólo atino a invocar la culpa de la accionante representada por sus dificultades locomotivas o su caminar distraído y que a su modo de ver hizo que la Sra. Arena padeciera las lesiones por su propio accionar más no ha acreditado estas circunstancias siquiera mínimamente.- Tampoco puede pretenderse que quien concurre a este tipo de lugares esté en un permanente estado de alerta por las potenciales consecuencias que obstáculos inertes -o no- fuera de sus lugares de aposento habituales o funcionando en modo fuera de lo común puedan ocasionar mientras los clientes se desplazan, recorren, miran productos, dentro del perímetro del local, más allá de las previsiones lógicas que

estos últimos deben tomar en pos de evitar consecuencias nocivas que alteren su integridad física.- Recuérdese siempre que dentro de los parámetros lógicos, rige el principio in dubio pro consumidor.- Por los motivos expuestos, atento a la forma en que se decide y la naturaleza de las cuestiones propuestas corresponderá confirmar el fallo en este aspecto neurálgico del recurso (arts. 1 y 5 de la LDC -y modificatorias-; 42 de la CN, 38 de la CP, 1198 del Civil -vigente al momento de los hechos-, referencias al CCCN; 375, 384 y 474 del CPCC).- B) RUBROS INDEMNIZATORIOS: A modo de aclaración preliminar, y en respuesta a las apreciaciones de la demandada en su contestación de agravios de fs. 317/318 vta. referidas a la autolimitación de la actora en relación a los montos reclamados por las distintas partidas, hago notar que en su escrito introductorio solicitó que se dicte sentencia condenando a resarcir por la suma que surge de la liquidación o lo que en más o en menos V.S. considere prudente de conformidad con las probanzas, lo que permite su elevación (SCBA, Ac. 81.76 del 23/04/2003, entre otras) 1) DAÑO FÍSICO: Indemnizado este segmento en la suma de \$100.000.-, es motivo de agravio por sendas partes, conforme lo reseñado en II. Comenzaré abordando los agravios de la demandada desde que pretende que esta Alzada reduzca el porcentual de incapacidad física fijado por la a quo -y en consecuencia su cuantía-, correspondiendo, acto seguido abocarme a los agravios de la actora en cuanto peticiona el aumento de la partida indemnizatoria fijada en este rubro.- Veamos: En la H.C. remitida por la Clínica la Esperanza (fs. 97/119), donde consta que ingresó el día 14/07/2003 derivada del Hospital de Haedo y el 16/07/2003 se le intervino quirúrgicamente colocándosele osteosíntesis por fractura de fémur con desplazamiento, siendo su diagnóstico preoperatorio fractura subtrocanterea de fémur derecho.- Y es fundamental en este rubro la pericia médica de fs. 177/179. En su anamnesis el Dr. Guillermo Vera relató que en el Hospital de Haedo -primer centro de atención- informan que la Sra. Arena padece fractura subtrocanterea oblicua de fémur derecho con acortamiento. En sus consideraciones médico legales refirió que el traumatismo de fémur derecho consolidó con secuelas en cadera derecha con limitaciones funcionales comprobadas que le depararon una incapacidad parcial y permanente con nexo causal que podría corresponder con el accidente de autos, la cual es ponderada en 70% por la lesión en el fémur y 8% por las cicatrices. Siguiendo el método de la capacidad restante de Balthazard, esta última se ve reducida al 2.40%, totalizando un 72.40% de incapacidad física parcial y permanente. Aclaró que el baremo utilizado para la lesión mayor fue el publicado por Altube Rinaldi, capítulo de ortopedia y traumatología, pág. 221 del año 2005. En respuesta a los puntos de pericia, el perito amplió definiendo que la lesión es fractura de fémur derecho con angulación y complicaciones secuelares, con secuelas en la cadera derecha con limitación funcional y anquilosis; osteosíntesis y acortamiento de entre 6 y 7 cm. de la pierna derecha.- A fs. 183 y 190, en lo que interesa en esta instancia, la demandada formuló observaciones al dictamen pericial, cuestionando el porcentual de incapacidad fijado por el perito, entendiéndolo que excede ampliamente el valor funcional del miembro inferior, siendo que tan elevado porcentaje podría admitirse en supuestos de amputación del miembro, más aún cuando las limitaciones en su movilidad se ven saneadas por el uso de calzado para compensar el acortamiento de la pierna derecha, argumentos similares a los que plantea en la expresión de agravios por las razones ya expuestas en II.- A su modo de ver correspondía fijar entre el 30% y el 40%, conforme baremos de Altube Rinaldi, apartado 135 (fractura de fémur) (fractura de lateral de cuello de fémur con desplazamiento), pues esta última es la lesión realmente padecida.- El perito al responder al pedido de explicaciones (fs. 186/vta.) ratificó todo lo volcado en su dictamen pericial, aclarando expresamente que si bien el valor de la tabla del citado baremo para casos de amputación es entre el 60% y 70% lo cierto es que sin perjuicio que en este caso no le hayan amputado el miembro inferior, sí tiene secuelas que le limitan hacer todos los movimientos de cadera y que al ser anquilótica le impiden mover en forma activa y pasiva. A ello se le suma el acortamiento de 6 a 7 cm. en comparación con el otro miembro inferior, debiendo usar calzado con realce por esa diferencia. Explicó que le han sido efectuados todos los intentos quirúrgicos a disposición para su mejora, sin arrojar resultado positivo. Estando científicamente fundada la pericia médica, le acuerdo plena eficacia probatoria (arts. 375, 384, 472 a 474 del CPCC).- De cualquier modo, los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos sólo constituyen para el Tribunal elementos de referencia que nada impide apartarse, siendo plenamente viable el cotejo que la jurisdicción haga de los baremos de uso frecuente en pos de reevaluar el porcentaje asignado por el perito en base al informe por él mismo elaborado -y que en este caso lo encuentro plenamente fundado- junto al resto de las probanzas relevantes para evaluar el daño físico, pues ello permitirá tener la justa medida que luego será la base para cuantificar económicamente el daño en conjunción con otros factores con estricta proporcionalidad. En consecuencia, sólo corresponde abocarme a determinar si la valoración de la incapacidad respecto (72,40 %) es acorde a las secuelas permanentes que padece la víctima en su miembro inferior conforme los baremos de consulta habitual.- Ello así, encuentro excesivo prima facie el porcentaje del 72.40% estimado en la evaluación por el Dr. Vera, siendo atinadas las apreciaciones que en este marco efectúa la demandada, proponiendo que esta Alzada lo adecúe a las secuelas realmente padecidas por la Sra. Arena.- Bajo tal prisma, no resulta lógico asimilar -como lo hace el profesional- la falta de un miembro a causa de su amputación, con la limitación funcional que conllevan las secuelas incapacitantes que pueda haber padecido la víctima. Las situaciones son disímiles y con repercusiones diferentes en la vida cotidiana de la persona en todos sus aspectos, pues más allá de la

limitación funcional que pueda tener para poder efectuar los movimientos naturales en su miembro, lo cierto es que no puede compararse con su ausencia. Y como bien lo aclaró el Dr. Vera el propio médico en informe pericial de fs. 177/178, punto 3).- , si bien la actora tiene limitados todos los movimientos de la cadera debido a la anquilosis, lo cierto es que con las dificultades del caso puede desplazarse con la ayuda de un andador, de sus manos y del realce en los zapatos a fin de equipar la longitud de sus miembros inferiores debido al acortamiento padecido en la pierna derecha. Efectivamente, como bien lo postula el recurrente, el porcentaje fijado por el perito se corresponde con el rango fijado para las amputaciones de miembros inferiores, las que fluctúan entre el 50% y 70% acorde los distintos baremos consultados a saber: Reconocimiento Médico de la Pcia. de Buenos Aires; Dr. Basile; Tabla de Evaluación de Incapacidades del Aparato Locomotor (Publicadas por Santiago Rubinstein en "Códigos de Tablas de Incapacidades Laborativas", pág. 59, 139, 158, 349, Ed. Abeledo Perrot. Año 2007).- Efectuaré a continuación una revisión de los baremos que son de consulta frecuente para evaluar el daño físico en pos de poder apreciar con juicio crítico la correlación entre las secuelas y la incapacidad que realmente corresponde asignar.- Coincido que la utilización del Baremo de Altube-Rinaldi es el que mejor se adapta para establecer la incapacidad de la actora en casos de fracturas extracapsulares o laterales, que afectan al macizo trocateriano, recordando que la fractura acaeció en la zona del subtrocanter femoral, estimando el mentado baremo una incapacidad para la fractura lateral de cuello de fémur con desplazamiento mínimo en varo o valgo del cuello femoral (incluye acortamiento del miembro) que va del 30 al 40% de la T.V., -rango que el propio recurrente entiende lógicos en sus pedido de explicaciones de fs. 190/vta.-, por lo que el 35% es un valor razonable para cuantificar la lesión.- De hecho fue la propia actora quien en el escrito de demanda expuso expresamente que "si bien el porcentaje de incapacidad será determinado por el perito médico a designar, se estima provisoriamente en un 30% de la total funcional" (sic) (subrayado y agregado resaltado).- A ello debe aditarse la incapacidad diagnosticada por cicatriz (8%) -la que no fue cuestionada por el recurrente-, y que quedó fijada en 5,2% en base a la capacidad restante (65%), totalizando de este modo en 40.2%, base sobre la cual deberá efectuarse la cuantificación.- La actora a su turno critica los valores asignados.- Tiene dicho esta Sala que tanto la integridad física, como la vida humana y su afectación se traduce en un perjuicio patrimonial indemnizable (S.C.B.A. D.J.J.B.A. 119-457). Las aptitudes personales se consideran con valor económico en relación a lo que producen o pueden producir en el orden patrimonial, productividad que se manifiesta no sólo como trabajo productor de renta sino también en todos los aspectos de la vida de un ser humano. Las lesiones motivan la reparación patrimonial, que comprende tanto lo relativo a las lesiones traumáticas, como a las condiciones estéticas, pues cabe atender a todas las calidades que permitan a la persona obrar normalmente, de modo tal que si las mismas se vieron afectadas por el hecho dañoso, el menoscabo debe ser reparado (Conf. Sala I cs. 33.702 R.S. 142/95; 36.065 R.S. 159; 38.144 R.S. 132/97; 38.888 R.S. 216/97). Computándose asimismo la incidencia y repercusión que todo ello, en alguna medida, puede aparejar sobre la vida de relación y las posibilidades futuras de trabajo del damnificado, siendo correcta la conceptualización del rubro como daño emergente. (Mi voto causa 57.341 R.S. 79/09 [SD], 57.517 R.S. 33/10 entre otras de esta Sala). En consecuencia cualquier alteración en este plano que revista carácter permanente, más allá de la repercusión económica que pudiere llegar a ocasionar, debe ser reparado con la consecuente indemnización, imponiendo para su valoración, el deber de sopesar con sana crítica las distintas circunstancias personales de la víctima, reitero, aún cuando no ejerciera ninguna actividad laborativa.- (Mi voto en Causa n° 66.177 R.S.: 86/12, carátula "Nocito c/ Gonzalez y ot. s/ daños y perjuicios"). Por ello, teniendo en cuenta todas las circunstancias que surgen de autos, edad de la actora -80 años al momento del accidente-, de estado civil viuda, la indefectible incidencia que la minusvalía parcial y permanente detallada (40.2%) tiene en su vida de relación, el nivel socio-económico de la víctima (acorde se desprende del BLSG), su núcleo familiar -vive con su hija y su yerno-, sin actividad laboral fija, el hecho de que el resarcimiento debe contemplar la totalidad de los aspectos del ser humano y la influencia que la situación habrá de tener en la proyección de sus actividades futuras, considero que debe hacerse lugar al agravio de la actora y desestimar el del demandado en cuanto al pedido de reducción -más allá de haberse admitido la disminución del porcentaje de incapacidad-, y que conforme valores que acuerda esta Sala en la actualidad y conforme edad de la víctima considero prudente y equitativo elevar la suma asignada a \$160.000.- (arts. 1068, 1083 y ccs. C. Civil; 165, 375, 384, 474, y ccs. del CPCC). Así lo decido.-

2) DAÑO PSÍQUICO: La a quo, tomando como base el contenido del dictamen pericial de fs. 202/206 y la incapacidad del 50% allí fijada admitió esta parcela del reclamo en \$50.000 a favor de la accionante, siendo recurrida por sendas partes conforme las razones que fueran resumidas en el punto II.-, al que me remito por razones de brevedad.- Recuerdo que la demandada interpretó que este daño no constituye una categoría autónoma, un tertium genus, y que dado la relación etiológica entre el daño psíquico y el daño moral hay que cuidar de no resarcir la misma alteración por ambos conceptos.- He manifestado anteriormente en este sentido "que el daño moral afecta la esfera del sentimiento, en tanto que el daño psíquico tiene connotaciones patológicas y aqueja el razonamiento de modo preponderante, por lo que son perfectamente diferenciables". (Mi voto Cs. 52.010 R.S. 238/05 [S.D.] ?Ybarra, Carlos M. c/ARCE, Vicenta s/Daños y perjuicios?, de cuando integré la Sala I, departamental, criterio reiterado en esta Sala en causa n° 67.482, R.S. 102-/13, [S.D.]). Y si bien participo de la

opinión del quejoso en cuanto que la incapacidad psicológica no constituye un rubro autónomo del daño patrimonial sino que debe meritarse al fijar la indemnización por incapacidad sobreviniente, entiendo que la Sra. Juez de grado lo abordó por separado por una cuestión de orden metodológico. En consecuencia se desestima el agravio en este sentido.- Despejado este valladar, y a modo de dar tratamiento al recurso de la actora, solicitando la elevación de la cuantía fijada por entenderla reducida en relación al porcentaje de incapacidad, he conceptualizado en reiteradas oportunidades este tipo de daño como 'El hecho accidental, por su carácter imprevisto, violento y sorpresivo, constituye el prototipo del 'Trauma Psíquico' tal como lo describen innumerables tratadistas clásicos de la psicopatología (H. Ey; S. Freud; C. Insúa, Bellak, entre otros)?... Según Mariano Castex y M. Ciruzzi, puede hablarse de la existencia de daño psíquico en un determinado sujeto, cuando éste presente un deterioro, disfunción, disturbio o trastorno, o desarrollo psico-génico o psico-orgánico que, afectando sus esferas afectiva y/o intelectual y/o social y/o recreativa?. El daño psíquico en la Medicina y Psicología Forense por Mariano Castex y María Ciruzzi 1989/1990? (mi voto (SD) causa n° O 16832 08 R.S.: 96/15 'Mareco c/ Martinez s/ Ds. Ps?', entre muchas otras). Bajo tal directriz genérica analizaré el rubro.- Para tal guisa someteré mi decisión al estudio de la pericia psicológica de fs. 202/206 elaborada por el Lic. Luis Mazzocco -la que no ha sido materia de pedido de explicaciones- En cuanto al ataque orientado a convencer a este Tribunal que las cifras por la que prospera el rubro deviene reducida, he de tener en cuenta que el profesional en base a las H.C., los diferentes test y evaluaciones y entrevista personal allí referenciadas, sindicó que la paciente Arena padece de un trastorno adaptativo con ansiedad en comorbilidad con un Trastorno depresivo reactivo típico, consolidado con cronificación; tiene temores, inseguridad, miedo y enormes dificultades en las relaciones interpersonales, encuadrando la patología en el ítem 2.6.9. (DSM-IV F 43.22) según baremo neurológico de Castex- Silva, correspondiente a grado muy severo con ideas de autoeliminación que otorga una incapacidad del 50%, sin contar con recursos propios que le permitan superar la situación traumática y la sintomatología depresiva inicial. Ahora bien; sin perjuicio de que el demandado no haya solicitado la reducción del porcentaje de incapacidad como sí lo hizo con el daño físico, sino lisa y llanamente la desestimación de este rubro, (quien puede lo más puede lo menos), ello no empece a aplicar el método de la capacidad restante que a esta altura es del 59.8% (100%-40.2%), por ende, corresponde la incapacidad en este plano se verá reducida del 50% al 29.9%, base sobre la cual deberá efectuarse la cuantificación.- Habida cuenta de todo lo expuesto, la capacidad fijada en este plano (29.9%), considero que debe hacerse lugar al agravio del actor -más allá de la reducción de oficio del porcentaje de incapacidad-, conforme los valores de esta Sala para cualificar las minusvalías en este plano, encuentro prudente y equitativo elevar este rubro a la suma de \$90.000, revocándose la sentencia en este punto (art. 1078 C. Civ., 165, 3° párrafo, 375, 384 y ccs. del código adjetivo).- 3) DAÑO MORAL: En la instancia de origen se admitió este rubro en la suma de \$50.000 deviniendo a la postre apelado por ambas partes según lo resumido en II. Tengo dicho que 'el daño moral importa, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa en el espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial?. (mi voto en causa de esta Sala III Cs. 58.188 R.S. 23/14, entre muchas otras). Bajo este plafón, atendiendo a las particulares circunstancias del caso y las condiciones personales de la actora, los padecimientos que debió soportar a causa de la intervención quirúrgica para el implante de osteosíntesis en la C línica La Esperanza el día 16/07/2003 (fs. 103), la imposibilidad de desplazarse normalmente, ayudada con andador y realce en calzado, los 5 días de internación en la mentada institución médica (del 14/07/2003 al 19/07/2003) (fs. 98), los seis meses de convalecencia y consecuente inmovilidad, la conciencia de su incapacidad psicofísica parcial y permanente del 70.1% (%40.2 + 29.9%, el acortamiento de la pierna derecha de 6 a 7 cm., los tratamientos aconsejados y la innegable afección en su faz más íntima y en el plano espiritual, encuentro que la suma acordada en la instancia de origen (\$50.000) deviene reducida, por lo que entiendo prudente y equitativo elevar la partida a la suma de \$100.000, admitiéndose el recurso de la actora, revocándose la sentencia en este punto (art. 1078 del Cód. Civil y arts. 165 y 375 del CPCC). Así lo resuelvo.- 4) GASTOS POR TRATAMIENTOS PSICOTERAPÉUTICOS FUTUROS: La a quo no hizo referencia alguna a este subrubro, cuando a decir de la accionante la perito aconsejó llevar adelante un tratamiento psicológico familiar y psiquiátrico individual por un tiempo estimado de un año de duración.- Desde ya encuentro razonable la queja.- Efectivamente, el Licenciado Mazzocco, en respuesta al punto 3 de pericia obrante en su escrito liminar, respondió en el sentido que nos recuerda la actora, y si bien omitió determinar la frecuencia de cada uno de ellos, fijó los valores en \$60 -sesión individual- y \$90 -sesión familiar-, aclarando que el costo de ambos asciende a \$8000. Si bien no puede definirse con precisión meridiana la cantidad de sesiones para cada tratamiento, lo cierto es que una simple ecuación, tomando el valor medio de costo entre ambos tipos de sesión (75\$) nos permite tener una aproximación de cuantas sesiones deberán llevarse a cabo (\$8000 / \$75 = 106). De esta forma se deduce que serán 53 sesiones anuales por cada tratamiento.- En consecuencia corresponderá admitir la partida reclamada, haciendo lugar al agravio por el costo íntegro del tratamiento, el que a tenor de los valores actuales promedio para ambos tipos de

tratamiento asciende a \$275 por sesión promedio (\$250 psicológica y \$300 psiquiátrica), entiendo justo y equitativo fijarlo en la suma de \$ 29.150 (arts. 1068, 165 y ccs. del código de rito).- 5) GASTOS DE FARMACIA Y OTROS: La a quo indemnizó con la suma de \$3000 este segmento del reclamo, ponderando las erogaciones efectuadas para asistir a la atención médica, la toma de placas radiográficas, controles, medicaciones y traslados.- La accionante entendió que devienen reducidos peticionando su elevación.- Tengo dicho que ¿el resarcimiento en concepto de gastos médicos, farmacéuticos y viáticos por traslado apunta a restituirle a la víctima del ilícito el importe de las erogaciones que, con motivo de éste, se vio obligado a sufragar, o bien aquellas que adeuda; motivo por el que constituye un auténtico menoscabo patrimonial y, por ende, resarcible? (mi voto en causa de esta Sala 13.231 08 R.S. 61/15, S.D.) Si bien estos gastos deben ser probados por el reclamante (conf. art. 375 C.P.C.C.), no es menester una prueba concluyente, en razón de la absoluta necesidad de los mismos y de la dificultad de obtener los medios probatorios, aunque es necesario que guarden relación de causalidad con la naturaleza del daño sufrido...? (conf. esta Sala, causas MO200089 09 R.S 103/2013, entre otros precedentes).. Por tal razón, no encuentro que la partida sea acorde a la situación ya descripta, por lo que encuentro prudente y equitativo elevar la suma acordada a \$7.000 (Art. 1083 Cód. Civ., 165 y 375 del CPCC). IV.- Por todo lo expuesto, y si mi punto de vista fuere compartido, corresponderá revocar parcialmente el fallo apelado, debiendo elevarse las partidas de todos los rubros admitidos y que fueran materia de agravio a saber: daño físico (\$160.000); daño psíquico (\$90.000); daño moral (\$100.000); gastos de farmacia (\$7.000). Asimismo deberá ser acogido el rubro gastos por tratamientos psicológico y psiquiátrico el que se fija en la suma de \$29.150, confirmándose todo cuanto más decide y fuera materia de agravios. Las costas de Alzada deberán quedar impuestas a la demandada que resulta vencida, difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 del Dec. Ley 8904/77).- Voto, en consecuencia, por la PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.- A la misma cuestión el Señor Juez Doctor ROJAS MOLINA, por iguales fundamentos votó también PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.- A LA SEGUNDA CUESTION, el señor Juez doctor Castellanos, dijo: Conforme se ha votado en la cuestión anterior, corresponde revocar parcialmente el fallo apelado, debiendo elevarse las partidas de todos los rubros admitidos y que fueran materia de agravio a saber: daño físico (\$160.000); daño psíquico (\$90.000); daño moral (\$100.000); gastos de farmacia (\$7.000). Asimismo debe acogerse el rubro gastos por tratamientos psicológico y psiquiátrico, el que se fija en la suma de \$29.150, confirmándose todo cuanto más decide y fuera materia de agravios. Las costas de Alzada deben quedar impuestas a la demandada que resulta vencida, difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 del Dec. Ley 8904/77).- ASI LO VOTO. El Señor Juez, Doctor Rojas Molina por los mismos fundamentos, votó en análogo sentido. Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente: SENTENCIA Morón, 15 de Diciembre de 2015.- AUTOS Y VISTOS: De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el Acuerdo que antecede, por unanimidad se revoca parcialmente el fallo apelado, elevándose las partidas de todos los rubros admitidos y que fueran materia de agravio a saber: daño físico (\$160.000); daño psíquico (\$90.000); daño moral (\$100.000); gastos de farmacia (\$7.000). Se acoge el rubro gastos por tratamientos psicológico y psiquiátrico, el que se fija en la suma de \$29.150, confirmándose todo cuanto más decide y fuera materia de agravios. Las costas de Alzada se imponen a la demandada que resulta vencida. Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 del Dec. Ley 8904/77).- 009730E