

Caida En La Vereda Responsabilidad Del Frentista Supermercados Incapacidad Sobreviniente Dano Moral Gastos Medicos Y De Farmacia

JURISPRUDENCIA

Caída en la vereda. Responsabilidad del frentista. Supermercados.

Incapacidad sobreviniente. Daño moral. Gastos médicos y de farmacia Se confirma -en lo principal- la sentencia que acogió el reclamo por daños y perjuicios derivado de caída de la actora en la vereda en mal estado de un supermercado, al haberse acreditado debidamente la existencia del hecho, así como los daños y su relación causal con el hecho dañoso. En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 26 días del mes de febrero de 2018, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala ?C? de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos interpuestos en los autos ?TOSCANO CONCEPCIÓN DORA C/ COTO INTEGRAL DE COMERCIALIZACIÓN S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?, EXPTE. N° 71.808/2014, respecto de la sentencia corriente a fs. 543/48, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo, resultó que la votación debía efectuarse en el orden siguiente: Sres. Jueces de Cámara Dres. Díaz Solimine, Fajre e Iturbide. Sobre la cuestión propuesta el Dr. Díaz Solimine dijo: I.- La sentencia hizo lugar a la demanda entablada por Concepción Dora Toscano y condenó a Coto Centro Integral de Comercialización S.A. a abonarle a la actora a la suma de \$330.000, con más los intereses y costas del pleito. Contra dicho pronunciamiento alzan sus quejas la parte actora a fs. 587/94 y la demandada a fs. 596/602. La accionante se queja del quantum de varios de los distintos rubros que componen la cuenta indemnizatoria, a la vez que la demandada se agravia no sólo de ello, sino también de la atribución de responsabilidad efectuada en la sentencia en crisis. Principalmente el demandado se queja de que el juez a-quo tuviera por acreditada la existencia del hecho basado en la declaración testimonial de un único testigo presencial. Dicho ello, me dispondré al tratamiento de los agravios expresados por las partes, comenzando por una cuestión de orden metodológico por los relativos a la atribución de responsabilidad. II.- El encuadre jurídico aplicable al caso no ha sido cuestionado. Así, reiteradamente he dicho que casos como el de autos deben ser examinados bajo la óptica del art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil. Es que en cierto sentido podría decirse que una depresión, excavación, pozo o zanja no son ?cosas?, sino que lo es el terreno donde están hechas, pero que jurídicamente, estos obstáculos por la posición anormal que presentan, deben considerarse cosas en el sentido previsto en la citada norma (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, ?Código Civil y Leyes Complementarias, comentado, anotado y concordado?, T. 5, pág. 531, Astrea, Bs. As. 1984; CNCiv., Sala ?G?, 22/10/2007, ?Merendi, Marisa c/ Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires?, voto de la Dra. Beatriz Areán; íd., Sala ?F?, causa libre n° 498.244 del 13/5/08, con voto en primer término del Dr. José Luis Galmarini; íd., esta Sala, ?Rodríguez Gauna, Jorge Hugo c/ Aguas Argentinas S.A. y otro s/ daños y perjuicios?, del 01/06/10). Siendo así, debía la damnificada probar los daños padecidos y la intervención activa de la cosa generadora de riesgo para que se presuma la responsabilidad del dueño o guardián de ésta, quien para eximirse total o parcialmente de tal atribución, debía acreditar el hecho de la víctima o el de un tercero por quien no deba responder, que quiebre el nexo causal. El ?onus probandi?, claro está, se encontraba inicialmente en cabeza de la víctima, quien debía probar los presupuestos de hecho que sustentan su pretensión (art. 377 del Código Procesal). Sin embargo, para que rija el art. 1113 no basta con que haya intervenido una cosa en la causación del daño, sino que éste debe haber sido causado por ella y que no haya sido un mero instrumento que responda exactamente a la voluntad del agente (conf. Belluscio- Zannoni, Código Civil Comentado, Tomo 5, p. 458). Desde otra óptica la ordenanza 33.721, art. 1° establece que la responsabilidad Siendo así, debía la damnificada probar los daños padecidos y la intervención activa de la cosa generadora de riesgo para que se presuma la responsabilidad del dueño o guardián de ésta, quien para eximirse total o parcialmente de tal atribución, debía acreditar el hecho de la víctima o el de un tercero por quien no deba responder, que quiebre el nexo causal. El ?onus probandi?, claro está, se encontraba inicialmente en cabeza de la víctima, quien debía probar los presupuestos de hecho que sustentan su pretensión (art. 377 del Código Procesal). Sin embargo, para que rija el art. 1113 no basta con que haya intervenido una cosa en la causación del

daño, sino que éste debe haber sido causado por ella y que no haya sido un mero instrumento que responda exactamente a la voluntad del agente (conf. Belluscio- Zannoni, Código Civil Comentado, Tomo 5, p. 458). Desde otra óptica la ordenanza 33.721, art. 1° establece que la responsabilidad quería levantarse y que a los diez minutos vio que llegaba una ambulancia. Asimismo se cuenta con las distintas historias clínicas agregadas al expediente. Entre ellas la correspondiente al hospital Durand (obrante a fs. 264), la que da cuenta del ingreso de Toscano por guardia el mismo día del hecho a las 15.45 horas, por traumatismo de cadera. A fs. 133/231 y fs. 240, se agregó la historia clínica confeccionada por el Centro de Medicina Integral S.R.L., de la que surge que Toscano ingresó a dicho nosocomio el mismo 25.3.2013 por fractura lateral de cadera derecha por caída desde propia altura. Fue intervenida quirúrgicamente el 28.03.13 donde se le efectuó reducción y osteosíntesis con DHS, con egreso sanatorial el 3.4.13. Pues bien, de lo hasta aquí expuesto observo que contrariamente a lo sostenido por la demandada la existencia del hecho no se acredita únicamente con la declaración del testigo López -dichos respecto de los cuales no tengo motivos para dudar de su veracidad- sino que también se abona con la declaración de la testigo Altamura que arribó al lugar treinta segundos después de la caída pero que pudo afirmar que era la actora quien se encontraba tendida en el suelo y que la vereda a la altura del estacionamiento se encontraba roto. Por lo demás sus dichos son contestes con los del testigo López, no habiendo sido ninguno de ellos cuestionado por la demandada. Más aún, contamos con las distintas historias clínicas -ya referidas con anterioridad- de las que surge que la accionante presentó ingreso por guardia el mismo día del hecho, e incluso pocos minutos después (15.45 horas Hospital Durand) con traumatismo de cadera, por el que luego de los estudios de rigor, fue trasladada a otro centro médico y allí intervenida quirúrgicamente. En suma, entiendo que la accionante ha acreditado debidamente la existencia del hecho, así como las de los daños y su relación causal con el hecho dañoso, por lo que mi voto será por la confirmación de este aspecto del fallo en crisis.

III.- RUBROS INDEMNIZATORIOS: III.1).- INCAPACIDAD SOBREVINIENTE: Este rubro prosperó por la suma de \$180.000, monto que resulta indemnizatorio del daño psicológico padecido por el actor y de su correspondiente tratamiento psicoterapéutico. En lo que respecta al daño físico, el sentenciante anterior sostuvo que si bien se encuentra acreditada la existencia del mismo, lo cierto es que el accionante ha omitido estimar el monto indemnizatorio que entiende corresponde reconocerle por lo que no corresponde otorgar suma alguna por este concepto por cuanto se carece de parámetro para poder cuantificar el daño. Dicha circunstancia lógicamente motivo el agravio del actor quien considera que aun cuando se ha omitido estimar una suma indemnizatoria para resarcir el daño físico cuando se entabló la demanda, encontrándose acreditada la existencia del hecho, no hay obstáculo para que se admita la procedencia del rubro a estudio. Por su parte Coto apeló el monto reconocido en concepto de daño psicológico y su correspondiente tratamiento y dejó pedido su reducción. Al respecto el perito médico designado de oficio informó a fs. 508/511 que nuestra actora sufrió como consecuencia de la caída una fractura medial de cadera derecha, por la que fue atendida en el hospital Durand, y debió ser operada para efectuarle una osteosíntesis de la fractura colocándole un clavo-placa DHS. Que sufrió como complicación una trombosis venosa profunda en el miembro afectado, por lo que debió iniciar tratamiento anticoagulante, debiéndose someter a periódicos controles de hemostasia en CEMIC. Fue intervenida nuevamente el 13.6.15 para el retiro del clavo-placa y efectuar reemplazo total de la cadera. Al momento del examen pericial se constató que Toscano deambula con limitaciones lo que la limita para la realización de sus actividades, sumándole un cuadro depresivo. Presenta una cicatriz longitudinal de 9 cm. en cara externa de tercio proximal de muslo derecho, otra cicatriz de 22 cm. compatible con un abordaje postero lateral de cadera derecha, ambas cicatrizadas, sin fístulas ni adherencias a la palpación, con ligera hiperestesia en extremo distal de la primer cicatriz referida. En síntesis, se trata de una paciente de 87 años de edad al momento del examen pericial que luego de una caída presenta como secuela fractura de cadera derecha con material de osteosíntesis y posteriormente artroplastia total de cadera derecha (cementada) deambulando con asistencia de bastón, lo que la incapacita en forma parcial y permanente en el 21% de la total vida. Dichas conclusiones fueron impugnadas por la parte actora a fs. 516/17. Con este panorama, encontrándose la existencia del daño físico debidamente acreditada con la experticia supra referida y su relación causal con el hecho generador de marras, no encuentro obstáculo a efectos de que prospere la procedencia del rubro a estudio. Nótese que las lesiones descriptas al fundar el rubro, son las mismas que a posteriori fueron identificadas por el perito y que surgen asimismo de las historias clínicas anejadas en el expediente, lo que me convence que no se ha afectado tampoco el derecho de defensa de la contraria, máxime cuando la demandada no ha impugnado las conclusiones a las que arribó el galeno. Sobre esta base, y con relación a la prueba del quantum, cuadra apuntar que el artículo 165 del Código Procesal exige al juez fijar el importe del capital aunque aquél no estuviere acreditado, si la existencia del crédito se encontrara legalmente comprobada, tal como ocurre en el sub lite. Uno de los presupuestos de la responsabilidad civil es la existencia del daño y éste debe estar acreditado a partir de las constancias probatorias reunidas en el expediente. Si el crédito de que se trate está comprobado, el juez debe, aunque no medie prueba directa, establecer su cuantía. Claro que si bien la norma pone en manos de los jueces la determinación del importe de la condena, ello no quiere decir que aquéllos usen de tal facultad en forma enteramente arbitraria. En tal caso, la estimación ha de estar

basada en su experiencia general para casos análogos, en datos que surjan con las mismas variables de otras sentencias, etc. (conf. Highton, Elena I. - Areán, Beatriz A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005, v. 3, pág. 503). Ello así, propondré al Acuerdo admitir la partida indemnizatoria correspondiente al daño físico -denegada en la anterior instancia-a cuyo fin tomare como parámetro los montos estipulados en casos similares por esta Sala, proponiendo a mis colegas de Sala la suma de \$168.000 para resarcir el daño físico padecido por Toscano. En lo atinente al daño psicológico, dicha partida fue apelada únicamente por la demandada quien deja pedido su reducción. A fs. 477/85 el perito psicólogo sostuvo que la Sra. Toscano evidenció un alto grado de angustia a lo largo de la entrevista pericial, referida a la muerte de su marido. La angustia fue constante y se manifestó con un llanto profundo.

Relató que la muerte de su esposo ocurrió cuando ella se encontraba internada, lo que le resultó muy traumático. Siente culpa por no haber acompañado a su esposo en sus últimos días, y se advierte poca capacidad para elaborarla. Este patrón culpógeno se repite en relación a la muerte de su marido y a la pérdida de la independencia que tenía antes del accidente. Esta dependencia de otro para poder movilizarse ha producido una merma significativa en la calidad de vida. La angustia es invasora y no le permite tener pensamientos positivos. Estima el idóneo una incapacidad psicológica parcial y permanente del 30% e indica la realización de un tratamiento psicológico a razón de dos veces por semana y por el plazo mínimo de un año, así como también tratamiento psiquiátrico. Sin embargo, la suma de \$180.000 reconocida en la anterior instancia para enjugar el daño psicológico y el tratamiento psicoterapéutico correspondiente no se compadecen con los establecidos por esta Sala en casos similares por lo que propondré al Acuerdo, su reducción a la suma de \$144.000. III.2).- DAÑO MORAL: Este rubro prosperó por la suma de \$100.000. Dicha partida resarcitoria fue apelada tanto por la parte actora como por la demandada quienes dejan pedido su modificación. Con relación al presente rubro, considero que se trata de un daño resarcible, ya que no tiende a sancionar al autor del hecho, sino a reparar los padecimientos físicos y morales que debió soportar la damnificada como consecuencia del accidente, procurándole una satisfacción o compensación. No es fácil traducir en una suma de dinero la valoración de los dolores, sufrimientos, molestias, angustias, incertidumbres o temores padecidos por la víctima. Sólo ella puede saber cuánto sufrió, pues están en juego sus vivencias personales. Para estimar pecuniariamente la reparación del daño moral falta toda unidad de medida, pues los bienes espirituales no son mensurables en dinero. Sin embargo, al reconocerse una indemnización por este concepto, no se pone un precio al dolor o a los sentimientos, sino que se trata de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas (Conf. Orgaz Alfredo El daño resarcible pág. 187; Brebbia, Roberto ?El daño moral? n° 116; Mosset Iturraspe, Jorge ?Reparación del dolor: solución jurídica y de equidad en LL 1978-D-648). Si la indemnización en metálico no puede por sí restablecer el equilibrio perturbado del bienestar de la víctima, puede sin embargo, procurarle la adquisición de otros bienes que mitiguen el daño (Conf. Fischer Hans A. ?Los daños civiles y su reparación? Pág. 228). Es indudable que el sufrimiento de la actora a partir del accidente y su ulterior rehabilitación, así como la imposibilidad de acompañar a su esposo durante sus últimos días y la pérdida de independencia que significó el pasar a depender de alguien a fin de movilizarse, originaron un daño de la naturaleza indicada, destacando que el quantum indemnizatorio no se compadece con los establecidos por esta Sala en casos similares, por lo cual corresponde elevar el monto resarcitorio a la suma de \$ 150.000, lo que así propongo al Acuerdo. III.3).- GASTOS DE ASISTENCIA MÉDICA, FARMACIA, DE TRASLADO Y DE CURACIÓN: Este rubro prosperó por la suma de \$ 50.000, en concepto de gastos de asistencia médica y traslado. Dicha partida indemnizatoria fue cuestionada tanto por la actora como por la demandada quienes dejan pedido su modificación. En cuanto a los gastos de traslados es razonable pensar que por las lesiones sufridas, la parte actora debió movilizarse en vehículos apropiados para ello. Aunque no están acreditados en forma cierta, por cuanto no suelen lograrse comprobantes que permitan una fehaciente acreditación, ello no es óbice para la procedencia del rubro. Con respecto de los gastos médicos, sabido es que pueden ser reclamados por cualquiera que los haya afrontado, aunque no sea la víctima del accidente. Los gastos médicos farmacéuticos deben ser admitidos, ya que si bien no están acreditadas las erogaciones que se afirma haber realizado, las lesiones sufridas presuponen necesariamente la existencia de tales gastos, pues aunque la víctima haya sido tratada en un establecimiento gratuito o dependiente de una obra social, los gastos en medicamentos corren por cuenta del interesado (conf. CNCivil, Sala "D", in re "García Manuel C/ Cons. de Prop. Junin 1194 y otro", del 23/03/93, J.A. 1994-I- 118). Asimismo, se ha sostenido que si quien reclama es la víctima inmediata del hecho o las personas que legalmente deben asistirle, no es menester la prueba del pago de los gastos; basta acreditar la obligación de asumirlos (o bien, la necesidad de hacerlo más adelante: gastos terapéuticos futuros) (conf. Zavala de González, ?Resarcimiento de daños?, t.2a, pág.114, Hammurabi, 1993). Concretamente la accionante ha acreditado en debida forma erogaciones por la suma de \$144.052 (véase constancias de fs. 381/3; 390/400; 403; 415; 421/425 y fs. 430/32), montos a los que lógicamente cabe agregar una suma en concepto de gastos de farmacia y traslado por lo que mi voto será por elevar la partida a estudio a la suma total de \$149.000. IV.- INTERESES: Se dispuso en el fallo apelado la aplicación de intereses según la tasa activa por aplicación del

plenario dictado por esta Excm. Cámara, en autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Sesenta s/ Daños y perjuicios", desde la fecha en que tuvo lugar la mediación y hasta el efectivo pago. Sobre ello traen sus quejas la parte actora y la demandada. La accionante solicita que la tasa activa comience a computarse desde el acaecimiento del hecho dañoso, mientras que la demandada postula la aplicación de la tasa pasiva del Banco de la Nación en sus operaciones a treinta días. Sobre el agravio señalo que no puede soslayarse que la reciente ley 26.853 de creación de las Cámaras Federales de Casación deroga el artículo 303 del Código Procesal. Tampoco se desconoce que su interpretación ha dado lugar a distintas posturas en orden a la actual vigencia de tal derogación, ya que según una de ellas, la derogación expresa de los artículos 302 y 303 del Código Procesal opera de acuerdo al citado artículo 15 de la ley a partir de su publicación, mientras que para la otra posición la obligatoriedad para la Cámara y los jueces de primera instancia de la doctrina plenaria se mantiene vigente hasta tanto no suceda un hecho futuro e incierto, como es la constitución de los tribunales previstos por la ley 26.853 y la puesta en funcionamiento de las respectivas Cámaras. Ahora bien, no obstante ello y sin perjuicio de cual de aquellas se adopte sobre la vigencia temporal de tal derogación, lo cierto es que se comparte la interpretación legal y los fundamentos que resultan del voto de la mayoría del fallo plenario de esta Excm. Cámara "Samudio de Martínez, L. c/ Transportes Doscientos Setenta SA s/ ds. y ps." (20 de abril del año 2009), la misma deviene aplicable al presente, ello sin perjuicio de señalar que conforme lo sostuve pretéritamente y en diversos precedentes, la tasa pasiva era la que debía aplicarse sobre aquellas partidas fijadas a valores actuales desde que cada perjuicio se originó hasta la fecha de la sentencia definitiva. Adentrándonos en un nuevo estudio del tema en cuestión, y el cambio de las circunstancias de hecho existentes al momento del dictado del plenario, me indujeron a cambiar la posición sostenida y mencionada precedentemente. En este entendimiento, considero que debe aplicarse la tasa activa al capital de condena desde el momento del hecho, toda vez que la misma no genera o configura un "enriquecimiento indebido" ni una "doble actualización". Si así fuera, e importara una situación excepcional que se apartara de la regla general establecida en el mencionado plenario debe ser probada en forma clara y contundente por el deudor en el ámbito del proceso (cfe. art. 377 del CPCC), circunstancia que no se verifica en el presente. En suma, concordantemente con lo expuesto precedentemente, propondré a mis colegas de Sala confirmar la tasa activa dispuesta en el fallo en crisis, aunque con la salvedad que ésta comenzará a correr desde el día del hecho dañoso, y no desde la fecha en que tuvo lugar la mediación como se dispuso en la anterior instancia, ello de conformidad con la doctrina plenaria sentada en el fallo "Gómez c/ Empresa Nac. de Transportes" respecto al tiempo en que se produce la mora de la obligación de indemnizar con relación a cada perjuicio. IV.- Por lo expuesto, de compartir mi voto, propongo al Acuerdo: 1) Modificar la sentencia apelada y en consecuencia, hacer lugar al reclamo impetrado a efectos de resarcir el daño físico padecido por Concepción Dora Toscano por la suma de \$168.000; 2) Elevar las sumas reconocidas en la anterior instancia para enjugar los rubros "Daño Moral" y "Gastos de Asistencia Médica, Farmacia y Traslados" a la suma de \$150.000 y \$149.000 respectivamente; 3) Reducir la partida otorgada en el fallo apelado para enjugar el daño psicológico y su correspondiente tratamiento a la suma total de \$144.00; 4) Modificar en materia de intereses el momento del inicio del cómputo a partir de cuándo deberá comenzar a correr la tasa activa de conformidad con los parámetros señalados en el considerando correspondiente; 5) Confirmar todo lo demás que la sentencia decide y que fuera motivo de agravios y 6) Imponer las costas de Alzada a la demandada quien resultó sustancialmente vencido (art. 68 del C.P.C.C.N.). Por razones análogas a las expuestas, el Dr. Fajre y la Dra. Iturbide adhirieron al voto que antecede. Con lo que terminó el acto.-

OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE.- JOSÉ BENITO FAJRE.- GABRIELA ALEJANDRA ITURBIDE.- Buenos Aires, 26 de febrero de 2018.- Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se RESUELVE: 1) Modificar la sentencia apelada y en consecuencia, hacer lugar al reclamo impetrado a efectos de resarcir el daño físico padecido por Concepción Dora Toscano por la suma de \$168.000; 2) Elevar las sumas reconocidas en la anterior instancia para enjugar los rubros "Daño Moral" y "Gastos de Asistencia Médica, Farmacia y Traslados" a la suma de \$150.000 y \$149.000 respectivamente; 3) Reducir la partida otorgada en el fallo apelado para enjugar el daño psicológico y su correspondiente tratamiento a la suma total de \$144.00; 4) Modificar en materia de intereses el momento del inicio del cómputo a partir de cuándo deberá comenzar a correr la tasa activa de conformidad con los parámetros señalados en el considerando correspondiente; 5) Confirmar todo lo demás que la sentencia decide y que fuera motivo de agravios y 6) Imponer las costas de Alzada a la demandada quien resultó sustancialmente vencido (art. 68 del C.P.C.C.N.). Ponderando el mérito, valor, extensión y complejidad de las tareas realizadas, etapas cumplidas, proporcionalidad que deben guardar los emolumentos de los auxiliares de la justicia con los de los profesionales del derecho, monto en juego y lo prescripto por los arts. 6, 7, 9, 10, 14, 19, 37 y 38 del Arancel; arts. 279 y 478 del Código Procesal, se regulan los honorarios del Dr. Horacio Raúl Taffarel, en la suma de \$ 77.780; los de los Dres. Beatriz Isabel Farella y Adrián Norberto Barcarolo, en ... Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el Anexo C: Anexo III, del decreto 1467/2011 reglamentario de la ley 26.589 con la modificación establecida en el decreto 2536/2015 Anexo 1, art. 2, E, sólo cabe fijar la retribución de la mediadora Dra. Lidia Alicia Gianolli, en 16 UHOM, en tanto ella deriva de expresa disposición legal. Por la labor en la Alzada,

se regulan los honorarios de la Dra. Mariel Cristina Demarco, en la suma de \$ 7.375 y los de la Dra. Gisela Viviana Mori, en la de \$ 6.225, todos los que deberán abonarse en el plazo de diez días corridos. Regístrese, notifíquese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 15/2013) y devuélvase.- OMAR LUIS DIAZ
SOLIMINE.- JOSÉ BENITO FAJRE.- GABRIELA ALEJANDRA ITURBIDE.- 025972E