

## Responsabilidad De Establecimiento Comercial Mal Funcionamiento De Escalera Mecanica Caída De Un Cliente

### JURISPRUDENCIA

### Responsabilidad de establecimiento comercial. Mal funcionamiento

de escalera mecánica. Caída de un cliente Se admite parcialmente la demanda de daños y perjuicios que sufriera la accionante cuando se encontraba en el establecimiento comercial de la demandada al detenerse abruptamente la escalera mecánica en la que se hallaba, provocando su caída juntamente con su hija. Mendoza, 02 de noviembre de 2017.- Y VISTOS: Los autos precedentemente individualizados, de los que, RESULTA: I.- Que a fs. 17/25 se presenta el Dr. Alejandro Luis Bordin, por las actoras Sras. Hilda Esther Di Marco y Mariana Alejandra Gil, y promueve demanda de daños y perjuicios contra FALABELLA S.A., por la suma de pesos ciento treinta y un mil quinientos (\$ 131.500), con más sus intereses, honorarios y costas, o lo que en más o en menos resulte de las pruebas a rendirse en autos. Cita en garantía a LA MERIDIONAL COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS S.A. e inicia beneficio de litigar sin gastos. Señala que los daños a sus mandantes fueron causados el día 04 de mayo de 2.010, aproximadamente a las 16: 30 hs. dentro de la instalaciones de Falabella S.A. Sucursal Mendoza Plaza Shopping, sito en calle Avenida Acceso Este, Lateral Norte N° 3280, Guaymallén, Mendoza. Relata que las actoras, luego de realizar las compras en el interior del establecimiento mencionado, se dirigieron a la escalera mecánica debido a que los ascensores se encontraban en reparación. Expresa que el guardia de seguridad les advirtió que al descender no se tomaran de la cinta del lado izquierdo debido a que presentaba fallas mecánicas. Refiere que cuando iban descendiendo, justo en la mitad del trayecto, la escalera se detiene abruptamente y provoca que la Sra. Hilda Esther Di Marco pierda el equilibrio y caiga por las escaleras juntamente con su hija la Sra. Mariana Alejandra Gil, la cual la llevaba del brazo. Manifiesta que como resultado de la caída ambas sufrieron severos daños físicos como producto del duro golpe. Advierte que en el momento del accidente la Sra. Di Marco se encontraba cursando el período post operatorio, con motivo de haber sido intervenida quirúrgicamente el 19 de abril de 2.010 de un carcinoma mamario, por ello la demandada requería extremos cuidados. Refiere que sus mandantes enviaron el día 08 de septiembre de 2.010 CD N° ..., la cual jamás fue contestada. Concluye que el evento dañoso es responsabilidad exclusiva de la negligencia del personal de la empresa demandada, al no controlar y supervisar los medios de traslado del establecimiento, no protegiendo la integridad física de las personas que concurren diariamente al local. Ofrece pruebas y funda en derecho. II.- A fs. 57/74 el Dr. Carlos Arturo Sanchi, por LA MERIDIONAL COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS S.A., contesta demanda, aceptando la citación en garantía, denunciando la franquicia. Expresa que las actoras no guardaron la mínima diligencia necesaria para evitar la caída y que su mandante cumple con todas las normas legales en lo atinente a la seguridad de sus escaleras y locales. Aclara que la escalera se encontraba, y se encuentra, en perfectas condiciones y por ello asegura que si las actoras sufrieron algún daño que imputan al riesgo o vicio de la cosa, a ellas les corresponde probar la existencia de ese riesgo o vicio y la relación de causalidad entre uno u otro y el perjuicio. Asimismo ofrece pruebas y funda en derecho. A fs. 75/79 la citada en garantía amplía contestación acompañando instrumental. III.- A fs. 87/91 el Dr. Raúl Horacio Zonana, por FALABELLA S.A., contesta demanda solicitando su rechazo con costas y cita en garantía a LA MERIDIONAL COMPAÑÍA ASEGURADORA. Señala que el accidente que la actoras dicen haber sufrido es de imposible acaecimiento, y si ocurrió fue por exclusiva culpa de las víctimas, es decir, caso fortuito eximente de responsabilidad. Asegura que las escaleras del establecimiento cuentan con los sistemas de seguridad adecuados para evitar que los clientes caigan o tropiecen o se vean expuestos a situaciones riesgosas. Asimismo afirma que cuenta con la cobertura de ECI para asistir a los clientes en caso de producirse accidentes, y en el caso de marras ECI no concurrió porque el accidente no tuvo lugar. Destaca que tampoco hay constancia o registro de que la actora haya sido asistida en el lugar ni que haya sido transportada a algún hospital por la gravedad del traumatismo. A fs. 107 obra resolución por la que se decide omitir el pronunciamiento respecto del beneficio de litigar sin gastos peticionado, por lo dispuesto en el art. 53 de la Ley 24.240. IV.- A fs. 113 se abre la causa a prueba. A fs. 117 la actora ratifica las pruebas ofrecidas en la demanda. A fs. 119 la citada en garantía ratifica las pruebas ofrecidas al contestar la demanda. A fs. 124 consta el auto de admisibilidad de pruebas. A fs. 137 fracasa la audiencia de conciliación y las partes acuerdan que en cuanto a la designación de peritos, se realice por sorteo. A fs. 147/148 consta el informe emitido por la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social de la Provincia de Mendoza. A fs. 150 obra constancia de recepción de AEV N° 508, los autos N° 494-10 caratulados ?AV ACCIDENTE? originarios de la Comisaría N° 9. A fs. 151/153 luce el informe emitido por la Clínica Santa María. A fs. 163/183 obra informe emitido por OSEP. A fs. 226/231 consta la pericia psicológica. A fs. 233 se encuentra audiencia testimonial. A fs. 243/256 obra pericia médica traumatológica. A fs. 262/266 la citada en garantía observa pericia psicológica. A fs. 268/269 la citada en garantía observa

pericia médica traumatológica. A fs. 278 se hace efectivo el apercibimiento del art. 179 del CPC y se declara la prueba ofrecida por la demandada y citada en garantía ofrecida y pendiente de producción y se tiene a la citada en garantía por desistida de la prueba de absolución de posiciones ofrecida pendiente de producción. A fs. 281 se tiene a la actora por desistida de la prueba pendiente de producción. A fs. 286 el perito psicólogo contesta observaciones a su pericia. A fs. 288 la perito médica traumatóloga contesta observaciones a su pericia. V.- A fs. 289 se ponen los autos en la oficina para alegar. A fs. 300/305 se encuentran los alegatos de la actora y de la citada en garantía. VI.- A fs. 306 se llama autos para sentencia, y, **CONSIDERANDO:** I.- Que en la presente se reclama la indemnización por daños y perjuicios sufridos por las actoras como consecuencia de un accidente ocurrido en el centro comercial FALABELLA. Cabe en primer lugar verificar si en autos está acreditada la producción del evento dañoso, para proceder posteriormente a su encuadramiento legal. En lo que hace a la actividad probatoria, "La carga de la prueba de dichos elementos pesa sobre el actor, que reclama el resarcimiento de los daños sufridos. Sin embargo, probada la intervención activa de la cosa y su conexión causal con el daño producido, es dable presumir -hasta tanto se pruebe lo contrario- que el detrimento se ha generado por el riesgo o vicio de la cosa" (Pizarro, Ramón D., "Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas", p.442). En cuanto a la carga de la prueba, rige en la materia el principio general de que todo aquél que invoca un hecho, acto jurídico, contrato o estipulación parcial del mismo, como base de su pretensión, debe probarlo (art. 179 del CPC). ¿La carga de la prueba es entonces la facultad que se adjudica a las partes de probar, en su propio interés, los hechos que fundamentan su pretensión. No se puede obligar a alguien a probar, pero si no lo hace el hecho no será considerado por el sentenciante. El Juez está obligado a fallar (art. 15 Cód. Civ.), aún cuando las partes no hayan demostrado acabadamente los hechos. Aquí es importante distribuir el riesgo de la ausencia de pruebas decidiendo de antemano a quién incumbía probar y no lo hizo" (LORENZETTI, Ricardo Luis "Teoría General de distribución de la carga probatoria", Revista de Derecho Privado y Comunitario. Prueba -I. 13. Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 73). II. Es entonces que a efectos de probar el hecho y la relación de causalidad de éste con los daños padecidos por las actoras, corresponde analizar las pruebas rendidas: Observo que a fs. 02 del expediente N° 3578 caratulado "Di Marco Hilda, Esther c/ Falabella S.A. P/ D.y P.?" tramitado ante el Ministerio de Seguridad (AEV N° 508), consta el acta de inspección ocular al local comercial FALABELLA ubicado en el Mendoza Plaza Shopping realizada el día 07 de mayo de 2.010. En la misma se constata que el ascensor del local comercial demandado se encuentra fuera de servicio y que estaba siendo reparado. Obsérvese que también surge de la misma acta que una de las escaleras que se encuentra funcionando, aparentemente en buen estado, pero le falta la baranda izquierda. Asimismo se deja constancia de la presencia de un vigilante, el cual le informa a los clientes del lugar en forma permanente, que no deben apoyarse sobre el lado izquierdo, ya que no posee la cinta mecánica tipo baranda. Destaco que lo expuesto en el acta de inspección coincide con lo dicho por las actoras y por la testigo Sra. Portuesi (fs. 233), reconociéndosele por ende veracidad a estas afirmaciones. Tengo presente que la prueba debe ser valorada en su totalidad, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el Código Procesal, puesto que el proceso debe ser tomado en su desarrollo integral y ponderado en múltiple unidad: las pruebas arrimadas unas con las otras y todas entre sí; resultando censurable la descomposición de los elementos, disgregándolos para considerarlos aislada y separadamente? (Morello, Augusto, "Código Procesal", Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1991, T.V-A, pág.251 y sgtes.). Asimismo y desde la perspectiva del Derecho del Consumidor, el criterio general de interpretación emergente de los arts. 3 y 37 de la ley 24.240; en la duda, debe estarse a la interpretación más favorable al consumidor. Esto resulta aplicable no sólo respecto a la interpretación del derecho, sino también a los hechos y a la prueba rendida. Atento la situación de debilidad del consumidor respecto del proveedor de bienes y servicios, resulta de "in dubio pro consumidor"; según el cual en caso de duda debe siempre estarse a la interpretación más favorable al consumidor o usuario. Así la ley por un lado exige que la interpretación de la norma sea siempre la más beneficiosa al consumidor o usuario, y por otra parte, establece un principio similar respecto de los contratos. En este sentido el art. 3 de la ley 24.240 manda: "En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor?; y en el art. 37 dispone que "la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa." De lo expuesto tengo por acreditado que el ascensor efectivamente se encontraba en reparación y que, además, a la escalera que funcionaba le faltaba la baranda izquierda. Es sabido por todos que al descender utilizando una escalera mecánica es muy importante que ambas barandas se muevan acompañando el descenso. Esto surge de la lógica de que si uno se va desplazando hacia abajo y al apoyarse con la mano, si esta baranda se mantiene inmóvil, existe una gran probabilidad de que ocurra un mareo, corriéndose el riesgo de caer por las escaleras, como le ocurrió a las aquí actoras. Asimismo en el caso de que sea cierto que le hayan advertido a la Sras. Di Marco y Gil que no debían apoyarse en la baranda, esto no eximiría de responsabilidad a la demandada FALABELLA, debido a que sí o sí en la escalera automática se debe apoyar en las barandas para no marearse e irse hacia el frente. Lo correcto hubiera sido que la demandada impidiera la utilización de esa escalera que se encontraba con la baranda izquierda rota, y no continuar haciéndola

funcionar previniendo a los usuarios solamente. A mayor abundamiento, la testimonial obrante a fs. 233 de la Sra. Jessica Vanina Portuesi, ratifica lo expuesto en el acta policial. En efecto, obsérvese que la testigo cuando es interrogada acerca de si el ascensor ubicado en el centro comercial en su parte central estaba en funcionamiento, la Sra. Portuesi asegura que: "no estaba en funcionamiento, porque tenía un cartel y estaba vallado, tenía unos precintos?". Asimismo afirma que "nos fuimos a las escaleras, en la escalera un señor de seguridad nos dijo que no funcionaba, no recuerdo cual de las dos, la banda, la correa...?". En efecto, de las pruebas aportadas a la causa surge que las actoras no tuvieron otra posibilidad que bajar por la escalera rota para dirigirse a la salida del salón comercial, por ello no efectuaron actos que hagan presumir su responsabilidad, debido a que el ascensor se encontraba reparándose. A mayor abundancia y a los fines de acreditar la ocurrencia del hecho, tengo para mí que a fs. 4, 5, 6 y 8 obran las constancias de haber sido atendidas las actoras en la Clínica Santa María con fecha 05 de mayo de 2.010, siendo que el accidente que nos ocupa ocurrió el día 04 de mayo de 2.010, y a fs. 09 consta la factura emitida por la Clínica mencionada con fecha del día posterior al hecho a nombre de la Sra. Gil. Asimismo a fs. 14 consta un certificado médico de incapacidad firmado por el Dr. Roberto Fabián Puebla con fecha 06 de mayo de 2.010 (dos días luego del accidente de marras). Por otro lado, a fs. 158 y 160 del AEV N° 508 obran informes del médico de la Policía de Mendoza de fecha 08 de mayo de 2.010 (luego de cuatro días del accidente), donde el profesional manifiesta que la Sra. Alejandra Mariana Gil presentaba al momento del examen hematoma y excoriaciones en glúteo de muslo izquierdo, estimando el tiempo probable de curación en tres días, y la Sra. Di Marco presentaba politraumatismos, pero no lesiones externas visibles. Por último, a fs. 152/153 se encuentra el informe emitido por la Clínica Santa María demostrando que en el libro de guardia se indica que las actoras fueron atendidas en ese nosocomio. En definitiva, el hecho de que se encontraban rotos tanto el ascensor de Falabella como la escalera se encuentra ampliamente demostrado, así como la caída de las actoras se encuentra acreditada con la declaración testimonial de la Sra. Portuesi (fs. 233).

**III- MARCO JURÍDICO** Al respecto debe tenerse en cuenta, como lo explica la doctrina, que: "La nueva regulación legal de la responsabilidad civil extracontractual dispuesta por el nuevo Código Civil y Comercial Unificado no rige los hechos ilícitos consumados con anterioridad a su puesta en vigencia (el 1° de agosto de 2.015), fecha de entrada en vigencia del nuevo código. La comisión del delito o del cuasidelito o del ilícito objetivo o subjetivo, hizo adquirir al damnificado (víctima del hecho), el derecho a la reparación del daño que era entonces resarcible, sin que la obligación resultante de reparar pueda ser agravada contra el deudor, no retaceada contra el acreedor. La adquisición y la extinción de derechos -no pueden- siendo hechos pasados, caer bajo la aplicación de la ley nueva. Es la ley contemporánea a esta adquisición o a esta extinción la que determina la validez y las modalidades. Ello da seguridad jurídica al tráfico del comercio jurídico, imponiéndose esta solución" (Taraborrelli, José N., Aplicación de la ley en el tiempo según el nuevo Código, LA LEY 03/09/2015, 1, AR/DOC/2888/2015). Sin embargo, el Código Civil y Comercial es de aplicación inmediata a los efectos (consecuencias) de la relación resarcitoria, tal como sucede con los intereses y, para algunos, las pautas de cuantificar el daño. En conclusión, en la presente causa, corresponde aplicar el Código Civil en todo lo relativo al nacimiento de la obligación resarcitoria (legitimación y presupuestos de la responsabilidad civil); y a las consecuencias (intereses y pautas de cuantificación) el Código Civil y Comercial de la Nación, desde el 1 de agosto de 2015. Con respecto al encuadre normativo del caso, resulta de aplicación el art. 1.113 2° párrafo 2° parte del Código Civil), como asimismo la normativa relativa a la protección de los consumidores y usuarios. El art. 1113 del Cód. Civil recepta el distingo entre daños causados con las cosas y por las cosas incluyendo dentro de esta última expresión al daño causado por vicio o por riesgo de las cosas, ampliándose notablemente la influencia de este último concepto. De tal modo, probada la intervención de una cosa -riesgosa o no, viciosa o no- en la producción de un daño, se produce necesariamente la inversión de la carga de la prueba (art. 1113 C.C.), lo que diferencia efectivamente a estos daños de los causados sin intervención de cosas (art.1109). Esta presunción de responsabilidad derivada de la inversión en la carga de la prueba, puede destruirse con criterios diferentes. Si el daño se produjo con cosas no riesgosas ("con las cosas") bastará para eximirse de responsabilidad la demostración del demandado de que de su parte no hubo culpa. En cambio, tratándose de daños producidos por el riesgo o vicio de la cosa deberá romperse el nexo causal (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Los factores subjetivos de atribución" en "Responsabilidad Civil", pag.154) acreditando que el daño se debió a caso fortuito, al hecho de la víctima o al de un tercero por el que no se deba responder. De acuerdo a lo dicho, y dado el régimen legal aplicable al caso, para que se configure la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa, basta acreditar: a) la intervención activa de una cosa, b) la existencia de daños, y c) la relación de causalidad entre el riesgo o vicio de la cosa interviniente y los daños producidos. FALABELLA S.A. tenía una obligación de seguridad dada por la necesidad de mantener en buen estado a las escaleras mecánicas así como a los ascensores, (considerando que pueden concurrir personas que por incapacidades físicas no pueda bajar por escaleras), que se refleja en una responsabilidad objetiva. En este sentido, por tratarse de un caso de responsabilidad objetiva, es la demandada quien debe acercar a la causa toda la prueba conducente a los fines de exonerarse de su deber de reparar; y para ello es necesario que acredite que el daño acaeció por el hecho de la víctima, por el hecho de un tercero por quien el dueño o guardián no

deban responder, o bien por el casus genérico legislado en los arts. 513 y 514 del citado cuerpo de normas (CNCiv., sala D, L.45.938/2000, 11-3-03). Es dable destacar que en el caso que nos ocupa resulta aplicable el art. 1113, del C.Civil. Esto como consecuencia de la responsabilidad que le cabría a la demandada FALABELLA de haber causado un daño con las cosas que tiene a su cuidado (la escalera). Cabe recordar que la Constitución Nacional y la LDC (arts. 5 y 40 de la ley 22.240) imponen al prestador de servicios un deber de indemnidad de usuarios y consumidores respecto de daños que se encuentren causalmente vinculados a la actividad de aquél. Por su parte el art. 42 CN ha sentado que todo usuario y consumidor tiene derecho -y no una mera expectativa- a encontrarse protegido frente a la existencia de una relación de consumo. El servicio debe ser, pues, prestado de forma tal que, utilizado en condiciones previsibles o normales de uso, no presente peligro para la salud e integridad física de los usuarios (art. 5 de la ley 24.240) y en el caso el fundamento de la obligación de seguridad se encuentra en la buena fe (art. 1198 del Código Civil, ver Lorenzetti, "Consumidores", Buenos Aires, 2003, pág. 403). Se trata de evitar, mediante este criterio, que el comportamiento de la contratante se convierta en fuente de perjuicios porque ello implicaría la no satisfacción de la utilidad esperada por el acreedor (Lambois, "La obligación de seguridad" en "Derecho Privado", (Ameal dir.), Buenos Aires, 2001, pág. 1119 y Mayo, "Sobre las denominadas obligaciones de seguridad", LL 1984-B, 940). En el caso en trato, la accionante celebró un contrato encuadrable dentro de la Ley de Defensa del Consumidor, para comprar un objeto o producto en Falabella SA, la cual tenía por tanto la obligación de seguridad ínsita en los deberes de la empresa. En consecuencia, la demandada no sólo debe asegurar la calidad y seguridad de los productos que vende o comercializa, sino que los clientes no sufran daños en su persona o bienes durante el desarrollo del contrato, es decir durante el tiempo que permanecen en ese lugar. En conclusión debiera Falabella haber tomado las previsiones de seguridad necesarias para evitar accidentes, máxime tratándose de objetos de por sí riesgosos como lo es una escalera mecánica, cuyo mal funcionamiento puede acarrear consecuencias muy graves. El servicio debe ser, pues, prestado de forma tal que, utilizado en condiciones previsibles o normales de uso, no presente peligro para la salud e integridad física de los usuarios (art. 5 de la ley 24.240). El fundamento de la obligación de seguridad se encuentra en la buena fe (art. 1198 del Código Civil, ver Lorenzetti, "Consumidores", Buenos Aires, 2003, pág. 403). Se trata de evitar, mediante este criterio, que el comportamiento de la contratante se convierta en fuente de perjuicios porque ello implicaría la no satisfacción de la utilidad esperada por el acreedor (Lambois, "La obligación de seguridad" en "Derecho Privado", (Ameal dir.), Buenos Aires, 2001, pág. 1119 y Mayo, "Sobre las denominadas obligaciones de seguridad", LL 1984-B, 940). Que en función de lo expuesto, considero que se dan en estos obrados los requisitos para la concurrencia de la responsabilidad civil del accionado, Falabella SA, titular del comercio donde se produjo el evento dañoso. Surge también del acta de inspección que consta en el AEV N° 508 y la testimonial rendida por la Sra. Jéscica Vanina Portuesi (fs. 233 y vta.) surge la relación de causalidad entre el evento y el daño. En el caso en estudio, la producción de daños a las actoras ha quedado suficientemente acreditada, como ya se dijera, al igual que la prueba de la intervención de la cosa y de la relación de causalidad entre ambos. En consecuencia debe hacerse lugar a la demanda interpuesta por Hilda Esther Di Marco y Mariana Alejandra Gil en contra de FALABELLA S.A., con los alcances que más adelante se establecerán.

**V. RUBROS RECLAMADOS:**

**1. DAÑO FISICO** En referencia a este tema la jurisprudencia entiende que: ¿Cuando se indemniza la incapacidad sobreviniente total o parcial, el bien jurídico protegido es el derecho a la salud y comprende tanto la capacidad productiva como la general (abarca el atender todas las actividades del diario vivir, posibilidades de aseo, traslado, alimentación personal, continuar o concluir estudios, practicar deportes, oír música, bailar, etc, debiendo ajustarse a las particularidades de cada caso concreto); se tiende a reparar la disminución que experimenta el damnificado, de una manera permanente o no, de sus aptitudes psicofísicas? (Expte.: 33162 - PÉREZ CASANA, FAVIÁN Y OTS. C/CORRADI ARENAS, JUAN DOMINGO P/D. Y P. 4° CC Ubicación: LS241-206).

a) (Incapacidad parcial y permanente Sra. Hilda Esther Di Marco 32 %): Por este rubro, la Sra. Di Marco reclama la suma de pesos sesenta y cuatro mil (\$ 64.000). La perito médica traumatóloga (fs. 254/256), señala que las lesiones que presenta la Sra. Di Marco son compatibles con el accidente. Indica que posee incapacidad por limitación de la movilidad del hombro derecho y por lumbalgia. Asimismo afirma que la mencionada tiene un grado de incapacidad permanente del 13,6%.

b) (Incapacidad parcial y permanente Sra. María Alejandra Gil 08%): Por su parte la Sra. Gil reclama por este ítem la suma de pesos dieciséis mil (\$ 16.000). En referencia a ella, la perito médica traumatóloga manifiesta que la misma presenta dolor en la muñeca izquierda y determina una incapacidad del 4% no aclarando si es permanente o transitoria (fs. 255 vta.). Sin embargo a fs. 288 cuando la experta contesta observaciones a su pericia, indica que si bien refiere dolor en la muñeca izquierda, por las pruebas aportadas a la pericia no puede constatar incapacidad permanente, es por ello que los síntomas que refiere no se encontraron presentes en el momento de la pericia. Sabido es que no todo ataque contra la integridad corporal o la salud de una persona genera incapacidad sobreviniente. A tal fin deben existir secuelas que el tratamiento o asistencia prestados no lograron enmendar o no lo consiguieron totalmente. Los daños físicos y la consiguiente incapacidad deben acreditarse mediante peritaje toda vez que se trata de una materia técnica en donde es relevante la opinión de expertos. En esta materia el magistrado no posee los

conocimientos científicos por lo que para la determinación del valor probatorio del peritaje, debe verificar las conclusiones del perito mediante un análisis lógico y de sentido común. Como bien señala Zavala de González ¿importa esencialmente la explicación de las conclusiones, la exposición de las razones, estudios, reglas científicas, etcétera, es factor fundamental para que el dictamen adquiera fuerza en la formación del convencimiento judicial.? ¿De tal modo, no bastaría a la luz de la sana crítica una descripción sintética de la índole o situación lesiva que padecería la víctima, sin mayores precisiones sobre sus específicas particularidades o las circunstancias que autorizan aquel diagnóstico. Es deseable un sustento científico serio e integral, por lo que no cabe otorgar sin más eficacia a opiniones que, por falta de expresión del camino seguido para llegar a ellas, aparecen ante el juez como dogmáticas con motivo de haberse silenciado el iter que desemboca en ese resultado.? De conformidad a la prueba rendida, surge de la pericia médica traumatológica (fs. 254/256) que la Sra. Di Marco presenta una incapacidad parcial y permanente del 13,6%. Como se dijo ut supra la citada en garantía impugna la pericia médica traumatológica (fs. 268/269), que fue oportunamente contestada (fs. 288) concluyendo que en referencia a la Sra. Gil no se puede constatar incapacidad permanente no presentando síntomas en el momento de la realización de la pericia. Considero que la pericia es sólida y fundada, por lo que no encuentro razones para apartarme de las conclusiones a las que arriban debiendo estar al porcentaje del 13,6% en referencia a la Sra. Di Marco y en relación a la Sra. Gil, la misma no posee incapacidad permanente ni secuelas al momento de la pericia (que se realizó mucho tiempo después del accidente). A mayor abundancia a fs. 4, 5, 6 y 8 obran las constancias de haber sido atendidas las actoras en la Clínica Santa María con fecha 05 de mayo de 2.010, siendo que el accidente que nos ocupa ocurrió el día 04 de mayo de 2.010 y a fs. 09 consta la factura emitida por la Clínica mencionada con fecha del día posterior al hecho a nombre de la Sra. Gil. Asimismo a fs. 14 consta un certificado médico de incapacidad firmado por el Dr. Roberto Fabián Puebla con fecha 06 de mayo de 2.010 (dos días luego del accidente de marras). Por otro lado, a fs. 158 y 160 del AEV N° 508 obran informes del médico de la Policía de Mendoza de fecha 08 de mayo de 2.010 (luego de cuatro días del accidente), donde el profesional manifiesta que la Sra. Alejandra Mariana Gil presenta al momento del examen, hematoma y excoriaciones en glúteo de muslo izquierdo y estimando el tiempo probable de curación en tres días, en tanto la Sra. Di Marco presenta politraumatismos, pero no presenta lesiones externas visibles. Por último a fs. 152/153 obra informe emitido por la Clínica Santa María demostrando que en el libro de guardia se indica que las actoras fueron atendidas en ese nosocomio. En referencia a la Sra. Gil el rubro debe ser rechazado esto por cuanto la incapacidad no se proyectó a través de secuelas, es decir al momento del reclamo no existe daño físico ni incapacidad alguna. En sentido coincidente la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha resuelto que ¿A los fines de resarcir los daños a la integridad física lo que interesa no es la minusvalía en sí misma, sino la concreta proyección de las secuelas del infortunio en la existencia dinámica del damnificado, atendiendo a las particularidades de cada caso? (SCJM, Sala I, LS 412 - 145). Asimismo debe tenerse en cuenta que resulta imprescindible -además de la acreditación del daño- que el perjuicio sea cierto, es decir que no debe ser puramente hipotético o eventual; ser subsistente, esto es debe existir al tiempo del resarcimiento, debe ser personal o sea recaer en un interés propio, y afectar un interés legítimo del damnificado (?Código Civil, comentado y anotado?, Director SANTOS CIFUENTES, coordinador FERNANDO A. SAGARNA, ed. 2003, T °I pág. 776, comentario al art. 1068). Por todas estas razones, teniendo en cuenta que la Sra. Di Marco tenía 73 años al momento del accidente, que es jubilada (considerando el monto de la jubilación mínima al momento de sentenciar (\$ 7.246,64), (se utilizó la fórmula Méndez la cual daba como resultado la suma de pesos veinticuatro mil ochocientos setenta y tres \$ 24.873) considero razonable fijar la indemnización por este rubro en la suma de PESOS VEINTISÉIS MIL (\$ 26.000) a la fecha de la presente sentencia, más intereses (art. 90 inc. 7 CPC). Respecto de la Sra. Gil el rubro debe ser rechazado por cuanto la incapacidad no fue permanente. 2.- DAÑO MORAL: Las actoras reclaman por este rubro la suma de pesos cuarenta mil (\$ 40.000) de daño moral para la Sra. Di Marco y diez mil (\$ 10.000) para la Sra. Gil. Puede decirse, en términos generales, que el daño moral constituye aquella especie de agravio por la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad; o sea, de esos derechos subjetivos que protegen como bien jurídico, las facultades o presupuestos de la personalidad: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, etc., todo lo cual se resume en el concepto de "seguridad personal", y el honor, honra, sagrados afectos, etc., o sea en una palabra las "afecciones legítimas" a que se refería el Art. 1078 del Cód. Civil, antes de la reforma introducida por la ley 17.711. Existe consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en calificar como ¿resarcitoria? la naturaleza del daño moral, considerando que la reparación pecuniaria de sufrimientos físicos y de padecimientos espirituales es, en definitiva, una imperfecta compensación de una mortificación psicofísica con una suma de dinero destinada a dar satisfacciones a la víctima que la ayuden a sobrellevar aquellos aspectos negativos que el hecho dañoso ha dejado en su vida de modo permanente o no (Orgaz, Alfredo, El daño resarcible, Marcos Lerner- Editora Córdoba, Bs. As., 1980, p. 212). Este daño es autónomo, y aparece como independiente del daño patrimonial, de allí que tal como se resolviera en las jornadas sobre Temas de Responsabilidad Civil, Rosario 1979 "La reparación del daño moral, no tiene por qué guardar relación con la cuantía del daño patrimonial, debiendo atender a ciertas pautas como las circunstancias particulares de

afección, unidad y cohesión de la familia". Sin embargo, la determinación de sumas indemnizatorias en concepto de daño moral no está sujeta a reglas fijas. Su reconocimiento y cuantía depende del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión (art. 90 inc. 7º del C.P.C.). Jurisprudencialmente se ha resuelto que "no es menester la prueba concreta del daño moral cuando existen lesiones corporales" (4ºCC Expte. 110.599 "Sardi Marcela del C. y ot. c/Orlando Gregorio Aciar p/Daños y Perjuicios" - LS 131-321). Lo relevante para el magistrado es que todo daño resarcible sea resarcido independientemente de su identidad o diversidad con otros; a su vez, que no haya doble indemnización por conceptos que son similares o, en cierto contexto se superponen?? (Highton, Helena, Accidentes de tránsito. Daño resarcible como lucro cesante y daño emergente en caso de lesiones a las personas desde la óptica de los jueces, Rev. de Derecho de Daños. Accidentes de tránsito-II, 1998, pág. 71). A los fines de cuantificar la indemnización por este rubro, tengo especialmente en cuenta la pericia psicológica glosada a fs. 226/231. En ella el experto expresa que a raíz del accidente sufrido la Sra. Gil posee un claro sentimiento de culpa generándole ansiedad, angustia y una minusvalía en su autoconcepto. En efecto, el perito refiere que a raíz del accidente ocurrido, puede observarse en la Sra. Gil un claro sentimiento de culpa vinculado con el haber llevado a su madre hasta ese lugar, culpa que hasta hoy en día le genera un alto monto de ansiedad y angustia?. En referencia a la Sra. Di Marco señala la profesional que este acontecimiento sumó padecimientos y miedos a su situación vulnerable de haber sido operada hacía poco tiempo. Agrega que hasta el momento de la realización de la pericia, la Sra. Di Marco, no podía realizar determinadas actividades, a causa del miedo que tiene a andar sola, y, puntualmente a las escaleras mecánicas, viéndose afectada en sus actividades cotidianas y sociales. Asegura la perito que el hecho ocurrido acrecienta su dependencia (la cual ya existe debido a su avanzada edad), por lo tanto le impiden la realización de actividades que implican mayor auto valía, con tendencia al aislamiento y resguardo. Por otro lado la experta afirma que luego del accidente, la Sra. Di Marco experimentó como consecuencia del mismo reacciones o desorden por estrés post traumático crónico. Es decir que los recuerdos del suceso suelen ser recurrentes a modo de imágenes, pensamientos y percepciones causándole malestar psicológico al exponerse a estímulos que recuerden algún aspecto del suceso. Aclara que conforme la edad cronológica de la Sra. Hilda estima que estos sucesos serán permanentes. Teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 1.078 C.C., considero que el haber sido partícipes de un accidente como el de referencia, las molestias y padecimientos que sufrieron como consecuencia de este hecho demuestran la existencia de daño moral. Es más, una tarde de esparcimiento y distracción entre madre e hija, luego de calmados los temores producidos a raíz de una reciente intervención quirúrgica padecida por la progenitora, finalizó de una manera más que estresante, producto de un accidente que podría haberse evitado de haber empleado la demandada la diligencia necesaria. En atención a la edad de la Sra. Di Marco, que es jubilada, juzgo equitativo fijar en la suma de PESOS CUARENTA Y CINCO MIL (\$ 45.000) la indemnización por este ítem. Asimismo considero acertado establecer como indemnización por daño moral a la Sra. Gil la suma de PESOS VEINTE MIL (\$ 20.000) (art. 90 inc. 7 del C.P.C.) a la fecha de la presente más intereses. 3. GASTOS MÉDICOS: Peticionan las actoras por este rubro la suma de pesos un mil quinientos \$ 1.500 en forma conjunta. Aún cuando se han acompañado elementos que acreditan que efectivamente debió incurrir en tales erogaciones (fs. 251), aclaro que adhiero a la corriente jurisprudencial y doctrinal según la cual ?No es dable exigir una prueba contundente del gasto médico, basta sólo con que el reclamo guarde relación con la entidad de las lesiones sufridas? (Expte.: 89883 - FIGUEROA MARIELA ROXANA EN Jº 95.895/38.771 FIGUEROA MARIELA ROXANA P/ S.H.M. FIGUEROA YESICA C/ MAC DONALDS ARGENTINA Y/O ARCOS MENDOCINOS S.A. P/ D. Y P. S/ INC - SCMZA LS384-034). En sentido coincidente con lo expuesto la jurisprudencia ha establecido que: ?Los gastos médicos y farmacéuticos no requieren prueba instrumental que los acredite cuando las características de las lesiones hagan verosímiles las erogaciones? (Cámara Civil 5 Autos Nº 1586 ?Amalla, Horacio por su hijo menor c/ Néstor Facín Melchiori p/ Daños y Perjuicios?, LS: 006 Pag. 115). Que en el caso de autos estimo prudente admitir la petición por la suma solicitada, por lo que el rubro prospera por la suma reclamada de PESOS MIL QUINIENTOS (\$ 1.500) más intereses a la fecha del accidente. VI- Intereses: Aclaro en este punto que adhiero a la jurisprudencia según la cual debe aplicarse de forma inmediata lo normado por el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 7) a las consecuencias no consumadas de las relaciones jurídicas existentes al momento de su entrada en vigencia (01-08-2015), (4ºCC, autos Nº 50.414/149.292 caratulados ?VERGARA, REBECA CRISTINA C/AUTOTRANSPORTE EL TRAPICHE S.R.L. Y DAMBROSIO, DANIEL EZEQUIEL P/D. Y P. (CON EXCEP. CONTR. ALQ.)?,19/10/2015). Siendo un supuesto de ello el nuevo régimen instaurado en materia de intereses (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ?La aplicación del Cód. Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes?, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, pág. 148). Por lo que, en lo que a materia de intereses se refiere, debe aplicarse el art. 768 del CC CN que establece: ?Intereses moratorios. A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central.?. Siendo que en la Provincia de Mendoza en la que la Ley 7.198 fue declarada inconstitucional por el plenario ?Aguirre? de la Corte Provincial (SCJM, en pleno, expte. Nº 93.319, ?Aguirre,

Humberto por sí y por su hijo menor en j° 146.708/39.618 Aguirre, Humberto c/OSEP P/Ejecución de sentencia s/Inconstitucionalidad?, 28/05/2009, LS 401 - 215), lo que lleva, en la actualidad, a encuadrar la situación dentro del inc. c) del mencionado art. 768, que ordena aplicar la tasa que surja de la reglamentación del Banco Central de la República Argentina para los intereses posteriores al 01/08/2015. Aclara la jurisprudencia que, conforme surge de su página web, allí se prevén diversas tasas activas: a) Financiaciones vinculadas a tarjetas de crédito de acuerdo a Comunicación "B"11111: Interés compensatorio Tasa, Empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito (Financiaciones sujetas a regulación de la tasa de interés por parte del BCRA de acuerdo a Comunicación "B" 11101); b) Entidades financieras Grupo I: Préstamos prendarios sobre automotores y Préstamos personales; c) Entidades financieras Grupo II: Préstamos prendarios sobre automotores, Préstamos personales, todas ellas superiores a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina que resultaba aplicable a partir del mencionado plenario "Aguirre", por lo que, aun sin reglamentación del Banco Central al respecto, por lo que siguiendo el criterio sustentado por la jurisprudencia local (4° CC), entiendo que debe tomarse un promedio de las tasas activas que publica el Banco Central en operaciones de préstamos personales, debiendo tenerse en cuenta el mismo al momento de practicarse la liquidación correspondiente. Asimismo cabe realizar una distinción según se trate en cada caso de deuda de valor o de dinero. En el caso de deudas de valor, es decir de aquellas en las que el objeto es un bien que es medido por el dinero, es un valor y el dinero el modo de pagarlo, tal el caso del daño moral, incapacidad sobreviniente. Cabe aclarar que éstas han sido estimadas a la fecha de la sentencia. Debe por lo tanto fijarse los intereses conforme lo previsto en la Ley 4087 (5% anual), desde el día del hecho hasta la fecha de la presente resolución. Y de allí en más se devengarán los intereses correspondientes a un promedio de las tasas activas que publica el Banco Central en operaciones de préstamos personales, hasta la fecha de su efectivo pago, según lo explicado precedentemente. Por el contrario, las obligaciones dinerarias son aquellas cuyo objeto es la entrega de una suma de dinero. El dinero constituye lo debido y asimismo es el medio de pago, tales como daño emergente, gastos médicos, de movilidad y por tratamiento psicológico. En este caso, las deudas son calculadas al día del hecho, adicionándoseles intereses conforme la tasa activa promedio del Banco de la Nación Argentina (SCJM Expte. N° 93.319 "Aguirre, Humberto por sí y por su hijo menor en J. 146708 Aguirre, Humberto c/OSEP p/Ej. Sent?") hasta el 1/08/2015, y a partir de allí intereses conforme un promedio de las tasas activas que publica el Banco Central en operaciones de préstamos personales, hasta la fecha de su efectivo pago, de acuerdo a lo anteriormente expuesto. VII-Costas: Por la forma en la que se resuelve la cuestión planteada, las costas deben imponerse a la demandada vencida (arts. 35 y 36 del C.P.C.) por lo que se admite la demanda y a la Sra. Gil por el rubro rechazado. Aclárase que no corresponde imponer costas por lo que se rechazan parcialmente (cuantitativamente) los rubros reclamados, siendo que su determinación depende del prudente arbitrio judicial y se dejaron librados a la prueba a rendirse. Es que en materia de costas debe distinguirse entre diversos daños: a) los que no ofrecen dificultades probatorias insalvables o excesivamente onerosas, ni dependen principalmente del arbitrio judicial, imponiéndose, en tal caso, las costas en la extensión del vencimiento, aunque se hubiera utilizado la expresión lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendir; b) los que dependen legalmente del arbitrio judicial o de previas o costosas pericias técnicas, en cuyo caso no puede predicarse temeridad, ni negligencia. En tales casos resulta ilógico e incongruente reajustar equitativa y prudencialmente en la proporción que la demanda procede y matemáticamente en lo que se rechaza. (Expte.: 34031 - PAZ ROSA IRIS C/ EL CACIQUE S.A. P/ D. Y P. 3° CC). Por lo expuesto y normas citadas; VIII.- RESUELVO: I.- Admitir parcialmente la demanda interpuesta por las Sras. HILDA ESTHER DI MARCO y MARIA ALEJANDRA GIL contra FALABELLA S.A. y en consecuencia condenarla para que dentro de los diez días de quedar firme la presente resolución pague a la Sra. Di Marco la suma de PESOS SETENTA Y UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA (\$ 71.750), y a la Sra. Gil la suma de PESOS VEINTE MIL SETECIENTOS CINCUENTA (\$ 20.750), con más los intereses establecidos en la presente resolución. Se hace extensiva la condena a LA MERIDIONAL COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS S.A. conforme los límites de su cobertura. II- Rechazar el rubro daño físico reclamado por la Sra. María Alejandra Gil III.- Imponer las costas a las demandadas por lo que prospera la demanda y a la Sra. Gil por el rubro rechazado. IV- Regular los honorarios por lo que prospera la demanda a los Dres. Alejandro Luis Bordín, Eduardo F. Moyano, Germán Vernengo Belda, Gabriela Anglada y Carla Pasini Gutiérrez, en conjunto, en la suma de PESOS CATORCE MIL OCHOCIENTOS (\$ 14.800), a los Dres. Raúl Horacio Zonana y Juan Pablo Mortarotti, en conjunto, en la suma de PESOS SEIS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO (\$ 6.475) y a los Dres. Carlos Arturo Sanchi y Sergio Raúl Bousangue, en conjunto, en la suma de PESOS NUEVE MIL SESENTA Y CINCO (\$ 9.065), sin perjuicio de los complementarios e IVA en caso pertinente (arts. 2, 3, 4, 31 LA). V- Regular los honorarios profesionales por lo que se rechaza la demanda (daño físico de la Sra. Gil) a los Dres. Alejandro Luis Bordín, Eduardo F. Moyano, Germán Vernengo Belda, Gabriela Anglada y Carla Pasini Gutiérrez, en conjunto, en la suma de PESOS UN MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS (\$ 1.792), a los Dres. Raúl Horacio Zonana y Juan Pablo Mortarotti, en conjunto, en la suma de PESOS UN MIL SEISCIENTOS (\$ 1.600) y a los Dres. Carlos Arturo Sanchi y Sergio Raúl Bousangue, en conjunto, en la suma de PESOS DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA (\$ 2.240), sin

perjuicio de los complementarios e IVA en caso pertinente (arts. 2, 3, 4, 31 LA). VI.- Regular los honorarios de los peritos intervinientes, Lic. César Martín Gauvrón y Dra. Raquel Hilda Sevilla, en las sumas de PESOS TRES MIL SETECIENTOS (\$ 3.700), a cada uno de ellos, con más IVA en caso de corresponder (art. 1255 CCCN). VII). Regular los honorarios del perito médico clínico Luis Roque Reta, por la aceptación del cargo, en la suma de PESOS QUINIENTOS (\$ 500), más IVA en caso de corresponder (art. 1255 del CCCN). NOTIFÍQUESE. REGÍSTRESE. Fdo: Dra. Patricia Dolores FOX - Juez

027044E