

Responsabilidad De Los Supermercados Hipermercados Defensa Del Consumidor Factor Objetivo De Atribucion Intoxicacion Producto Defectuoso

JURISPRUDENCIA

Responsabilidad de los supermercados. Hipermercados. Defensa del

consumidor. Factor objetivo de atribución. Intoxicación. Producto defectuoso

Se confirma -en lo principal- la sentencia que atribuyó responsabilidad a la empresa demandada por los daños sufridos por un menor, quien se intoxicó al consumir una torta en mal estado adquirida en un hipermercado, al resultar aplicables los artículos 5 y 40 de la ley 24.240. Es que si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio (como sucede cuando se prueba la presencia de una bacteria en la torta ingerida por un menor), el vendedor (entre otros legitimados pasivos) responde objetivamente, excepto que demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

En Buenos Aires, a 23 de marzo de dos mil dieciocho, encontrándose reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala "L" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a fin de pronunciarse en el expediente caratulado "R., J. M. y otros c/ INC S.A s/ daños y perjuicios" de acuerdo al orden del sorteo la Dra. Iturbide dijo:

I. En la sentencia que luce a fs. 463/468, la señora jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda promovida por J. M. R. y M. F. C., en representación de su hijo menor de edad M. F. C., y condenó a INC S.A. a abonar a este último una indemnización de \$ 60.500, con más sus intereses y costas, en el plazo de diez días, e hizo extensiva la condena a la citada en garantía Allianz Argentina Compañía de Seguros S.A. en los términos del art. 118 de la ley 17.418. Contra dicho pronunciamiento, expresaron agravios la demandada y la empresa aseguradora a fs. 486/488 y el actor a fs. 490/492 (a los que adhirió la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara a fs. 495/496), ninguno de los cuales ha sido respondido dentro del término de ley. En consecuencia, las actuaciones se encuentran en condiciones de dictar sentencia definitiva.

II. Según lo expusieron al promover la demanda, el día 16 de octubre de 2006 a las 16:00 horas aproximadamente, J. M. R. y M. F. C. concurren a realizar compras al hipermercado situado en la Av. Hipólito Yrigoyen a la altura del 13500 de la localidad de Adrogué, Provincia de Buenos Aires, explotado en ese entonces por Carrefour Argentina S.A (luego INC S.A.). Entre otros productos, adquirieron una torta, de la cual su hijo menor de edad M. F. C. consumió una porción al día siguiente. Luego de media hora de haber ingerido dicho alimento, el niño presentó vómitos y fiebre, seguidos de diarrea, por lo que sus padres lo trasladaron al hospital "Dr. Lucio Meléndez", por ser el más cercano a su domicilio. Allí le diagnosticaron intoxicación, permaneció internado en observación y le indicaron una dieta de alimentos. El menor debió continuar con controles pediátricos, sufrió durante tres meses distensión abdominal, gases y un gran decaimiento, y a la fecha persisten los problemas de estómago (dolores y molestias) que le impiden una alimentación adecuada de acuerdo con su edad.

III. La magistrada de la instancia anterior admitió la demanda interpuesta y acordó al menor \$ 40.000 por incapacidad sobreviniente (en relación a la faz física del daño), \$ 20.000 por daño moral y \$ 500 por gastos médicos, a valores vigentes a la fecha del dictado de dicho pronunciamiento. Para así decidir, la a quo tuvo por acreditados los hechos que el demandante relató en su escrito inicial, fundó en un factor objetivo de atribución la responsabilidad de la accionada, y ante la ausencia de eximentes que hubieran de quebrar el nexo de causalidad entre el hecho y los perjuicios, consideró configurada la obligación de reparar los daños generados al actor.

IV. Al verter sus agravios en esta instancia, la demandada y la citada en garantía cuestionaron la atribución de responsabilidad civil dispuesta en la sentencia apelada, pues a su juicio el hecho ilícito no ha sido suficientemente probado en autos y el daño podría haber derivado de un hecho imputable a los propios padres del menor. A su vez, también se quejaron por la cuantificación del daño físico y del daño moral, que estimaron desmesurada. Por su parte, el actor se agravó porque mi colega de grado no se refirió al resarcimiento de la pérdida de chance reclamada en la demanda, porque no admitió el resarcimiento de la incapacidad sobreviniente en la faz psicológica del menoscabo ni los gastos por tratamiento psicológico, y en último término por las sumas otorgadas en concepto de daño físico y daño moral, que juzgó exiguas para atender a la reparación integral de los perjuicios padecidos por C. (hijo).

V. Aplicación de la ley en el tiempo Frente a la existencia de normas sucesivas en el tiempo, cabe ante todo aclarar que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y como ya lo vienen sosteniendo de manera uniforme las Salas de esta Cámara, la situación jurídica que da origen a esta demanda, al haberse consumado antes del advenimiento del actual Código Civil y Comercial, debe ser juzgada - en sus elementos constitutivos y con excepción de sus consecuencias no agotadas- de acuerdo al sistema normativo vigente a la época del hecho, interpretado, claro está, a la luz de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país, porque así lo impone una correcta hermenéutica en respeto a la supremacía constitucional (esta Sala, "Echeverría, Naiara Belén c/ Guerra, Claudio Adrián y otros s/ daños y perjuicios", 17/3/2016, expte. N° 87.204/2012; "Cahe, Viviana Edith c/ Medela, Jorge Alberto y otro s/ cumplimiento de contrato", 26/4/2016, expte. N° 38.543/2013; "Daix, Odina Elizabeth c/ Cencosud S.A. s/ daños y perjuicios",

12/5/2016, expte. N° 59.298/2011; entre muchos otros). Por ello, el presente caso debe encuadrarse en las normas del Código Civil de la Nación y del Código Comercial de la Nación, sin perjuicio de las disposiciones pertinentes de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor y del art. 42 de la Constitución Nacional. VI. La responsabilidad civil en el caso Por razones de orden lógico, me detendré en primer término en la plataforma fáctica que originó la controversia que aquí se debate. Como punto de partida, el actor acompañó a fs. 3 el ticket que acredita la compra en el comercio al que me referí en el considerando II, el 16 de octubre de 2006 a las 16:17 horas. A su vez, a fs. 6, consta la denuncia de R. ante la Coordinación General de Bromatología de la Secretaría de Salud de la Municipalidad de Almirante Brown, Provincia de Buenos Aires, en la que expuso los hechos también mencionados en el considerando II y en virtud de lo cual se decidió realizar un análisis microbiológico para la determinación de bacterias productoras de toxinas (estafilococos). El informe del laboratorio de bromatología, suscripto por la bacterióloga clínica e industrial Dra. M. G. S., arrojó como resultado la presencia de la bacteria ?staphylococcus?, con la conclusión de que la torta de crema y durazno adquirida en el hipermercado Carrefour era un ?producto inapto para el consumo humano según el art. 6, inc. 6 y inc. 5 (sic) de la Res. 036/93 del Código Alimentario Argentino? (fs. 5). Cabe aclarar que la Secretaría de Salud aludida ha manifestado en el expediente que la documental aportada a fs. 5/6 es copia fiel de los originales (ver fs. 423). Por otra parte, cuento con las declaraciones testimoniales de A. A. R., E. S. R. e I. S. E., a las que me referiré a continuación. A fs. 287, A. A. R. manifestó que M. C. (hijo) se encontraba con él en su casa, y que allí consumió una torta de crema que sus padres habían comprado el día 16 de octubre de 2006 en el hipermercado Carrefour de la localidad de Adrogué. Puntualizó que el producto había permanecido en la heladera durante la noche, y que al probarla el niño al otro día por la mañana, como primer alimento luego de levantarse, presentó vómitos a la media hora, lo que motivó su traslado al hospital y su atención médica. A fs. 288, Estefanía S. R. coincidió en lo relativo a la adquisición de la torta en el comercio y en la fecha referidos y también expresó que el niño la ingirió el 17 de octubre de 2006 por la mañana, luego de su conservación en la heladera durante la noche anterior. Aclaró también que tanto ella como su hermano A. y M. C. (hijo) presentaron los mismos síntomas de dolores de panza y vómitos con posterioridad a la ingesta, y debieron concurrir a la guardia médica, quedando el menor internado hasta la noche. La demandada y la citada en garantía impugnaron ambas declaraciones testimoniales a fs. 372, sobre la base del vínculo de parentesco (tío-sobrino) que une a los dicentes con C. (hijo). El Dr. E. y R. solicitó que ?no se tengan en cuenta para el momento de dictar sentencia...? pues ?más allá de que los mismos (sic) sean familiares directos, convivan con los actores y resulte patente el interés en el resultado del pleito, conforme lo expresa el art. 427 del CPCCN los mismos (sic) resultan excluidos y no podrá considerarse su declaración en juicio?. Entiendo que este temperamento no puede compartirse, pues el art. 427 del ordenamiento adjetivo dispone textualmente que ?no podrán ser ofrecidos como testigos los consanguíneos o afines en línea directa de las partes, ni el cónyuge, aunque estuviere separado legalmente, salvo si se tratare de reconocimiento de firmas?. Los testigos excluidos, entonces, resultan ser los ascendientes y descendientes en línea recta (padres, abuelos, bisabuelos; hijos, nietos, bisnietos, etc.), el cónyuge y los suegros, yernos y nueras de las partes, pero en modo alguno los parientes colaterales tales como hermanos, cuñados, primos, sobrinos o, como en el presente caso, tíos. En esta inteligencia, ha expresado calificada doctrina que ?la enumeración es taxativa, por lo que fuera de los supuestos de la norma, se debe recibir la declaración de cualquier otra persona propuesta, más allá de la valoración que se efectúe de tales dichos en oportunidad del dictado de la sentencia definitiva? (Highton, Elena I. y Areán, Beatriz A. (dirs.), Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Buenos Aires, Hammurabi, 2005, t. 8, p. 193). Ahora bien, incluso en la mejor de las hipótesis para la demandada, la testigo I. S. E., cuya declaración luce a fs. 293, afirmó que la coactora R. había adquirido una torta en el hipermercado Carrefour de la localidad de Adrogué el 16 de octubre de 2006, y que tanto ella como C. (hijo), J. R., los hermanos y la madre de esta última consumieron el alimento el día siguiente. Manifestó que el niño comenzó a descomponerse con vómitos y diarrea ese mismo día, y que luego fue trasladado a un hospital público de la zona. La testigo puntualizó que la torta fue comprada en el comercio aludido, y que era de elaboración propia de la panadería del hipermercado. En este caso, ocurre que la declarante no es pariente del actor ni de sus representantes legales, sino que simplemente conocía a R. del barrio donde ella trabajaba, a C. (padre) porque conocía a su madre del trabajo y a C. (hijo) a través de la coactora R.. Por ende, aún cuando a los dichos de los tíos del menor, en razón del parentesco, pudiera atribuírsele una menor fuerza de convicción en los términos de los arts. 386 y 456 del CPCCN, lo cierto es que sus expresiones coinciden con la de un tercer testigo de cuya imparcialidad no existen fundados motivos para dudar. Finalmente, las constancias obrantes a fs. 340/343 dan cuenta de que el niño fue atendido el 17 de octubre de 2006 en el Hospital ?Dr. L. M.? por un cuadro de vómitos, y que permaneció en observación en dicha institución durante varias horas. En definitiva, no tengo dudas de que el análisis de la prueba documental, testimonial e informativa previamente mencionadas, a la luz de la regla de la sana crítica (principio que debe guiar la apreciación de la prueba en el proceso civil), conduce a tener por acreditado el acaecimiento de los hechos tal como los relató el demandante y los expuse en el considerando II del presente voto. En segundo lugar, corresponde

valorar esos hechos en el marco jurídico aplicable a la controversia, que viene dado por la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, pues resulta evidente que la vinculación entre el actor y la empresa demandada constituye una relación de consumo en los términos de los arts. 1 y 2 de la ley 24.240. Sobre este punto, comparto en un todo lo expresado por mi colega de grado en cuanto a que la circunstancia de que el demandante no hubiera invocado la aplicación de esta norma en el escrito inicial no obsta a que el litigio que aquí se debate sea resuelto de acuerdo a los preceptos de esa normativa. Como es sabido, no sólo corresponde al juez determinar el derecho aplicable a los hechos planteados por los litigantes (iura novit curia), sino que adicionalmente, surge del art. 63 de la ley 24.240 que se trata de una ley de orden público y, como tal, debe ser aplicada de oficio por el juez. Hace más de treinta años, Gabriel Stiglitz enseñaba que el interés primario del consumidor aparece conformado por una pretensión vital, la del mantenimiento de las condiciones genuinas de la integridad psicofísica del género humano (Stiglitz, Gabriel, La protección jurídica del consumidor, Buenos Aires, Depalma, 1986). Pues bien: en la relación de consumo, uno de los deberes fundamentales en cabeza del proveedor consiste en la obligación de seguridad. El art. 5 de la ley 24.240 dispone expresamente que "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", precepto que se alinea con el art. 42 de la Norma Fundamental, que consagra el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos. Se ha sostenido que el sistema de responsabilidad diseñado en la norma mencionada tiene un corte netamente objetivo pues el art. 5 de la ley 24.240 importa la imposición en cabeza del proveedor (en el caso, la demandada) de una obligación de seguridad de resultado, consistente en garantizar al consumidor o usuario que no sufrirá daños en su persona o bienes en el ámbito abarcado por la relación de consumo (v. Picasso, Sebastián, "Las leyes 24.787 y 24.999: Consolidando la protección del consumidor" -en coautoría con Javier H. Wajntraub-, JA, 1998-IV-753, y "Responsabilidad civil por daños al consumidor", Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. XXI, p. 753 y ss. Vid. asimismo López Cabana, Roberto M., en Stiglitz, Gabriel (dir.), "Derecho del consumidor", nro. 5, Juris, Buenos Aires, 1994, p. 16; Mosset Iturraspe, Jorge - Lorenzetti, Ricardo L., "Defensa del consumidor?", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 311). La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los precedentes "Ferreira" (Fallos, 329:646), "Bianchi" (Fallos, 329:4944), "Ledesma" (Fallos, 331:819) y "Uriarte" (Fallos, 333:203), sentó una categórica doctrina judicial al señalar que, por imperio de la Norma Fundamental, la relación de consumo debe entenderse con sentido lato, y que ella conlleva una obligación de seguridad a cargo del proveedor. En otras palabras, cualquier daño sufrido por el consumidor en ocasión o con motivo de la relación de consumo pone en funcionamiento la responsabilidad objetiva del proveedor, quien para exonerarse está precisado de probar la ruptura del nexo causal (conf. Wajntraub, Javier H., "Protección jurídica del consumidor?", Lexis- Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 64; CNCiv., Sala G, 21596, "Leiva, José Emilio c/ Transportes Guido SRL", BASE Micro CDS/ISIS, sumario n° 8229). Ello surge no sólo del art. 5 de la ley 24.240 sino también del art. 40 de dicha norma, pues si como en este caso "el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio" (extremo que resulta evidente dada la presencia de la bacteria "staphylococcus" en la torta ingerida por el menor), el vendedor (entre otros legitimados pasivos) responde objetivamente, excepto que demuestre que la causa del daño le ha sido ajena. En el presente caso, la demandada no ha acreditado en modo alguno tal circunstancia, sino que se ha limitado a atribuir a los padres de C. (hijo) la culpa en la producción del daño sin aportar constancias al expediente que lo acrediten. Tal como lo expresó mi colega de grado, ninguna prueba aportaron INC S.A. ni su compañía aseguradora tendiente a demostrar que el producto no fue consumido dentro de su fecha de vencimiento o que no fue adecuadamente conservado, extremos que, por lo demás, resultan incompatibles con las pruebas producidas por la parte actora, a las cuales ya me he referido. En definitiva, no tengo dudas de que debe confirmarse la sentencia recurrida en cuanto consideró configurada la responsabilidad civil a cargo de la empresa demandada, lo que así propongo resolver a mis colegas.

VII. Alcance de la responsabilidad civil

1. Incapacidad sobreviniente y tratamiento psicológico

Como acertadamente lo ha señalado la Dra. Mattera en su voto en los autos "S.M.A. y otro c/ Z.J.L. y otros s/ daños y perjuicios" de fecha 28/8/2015 (La Ley, 29 de octubre de 2015), la protección a la integridad de las personas y el derecho a la reparación integral se encuentran respaldados en tratados internacionales que integran el sistema constitucional en función del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, entre los cuales pueden citarse el artículo 21 punto 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al mediante el pago de indemnización justa. Asimismo, el artículo 5 del mismo cuerpo normativo, de jerarquía constitucional, ampara el derecho a la integridad personal al expresar que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (Bidart Campos, "Manual de la Constitución Reformada", T. II, p. 110, Ed. Ediar). En ese contexto, el derecho al resarcimiento y a la reparación del daño se encuentran incluidos entre los derechos implícitos (art. 33, CN), especialmente si se tiene en cuenta que otras normas como los artículos 17 y 41 de la Constitución Nacional refieren casos específicos (conf. CNCiv., Sala J, 15/10/2009, "L.S. y otro c/ Hospital Británico y otro s/daños y perjuicios", E.D. 9/02/2010, n° 12.439). Estos principios fueron recogidos en el nuevo ordenamiento jusprivatista, sobre la base de la doctrina y de la jurisprudencia ya elaboradas y teniendo en

mira, precisamente, la incorporación de las normas de rango constitucional y convencional. Así, el artículo 1737 da una definición genérica y abarcativa del concepto de daño, en tanto que el artículo 1738 determina que la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida. A su vez, el artículo 1740 consagra expresamente el principio de la reparación plena, y el artículo 1746 establece pautas para fijar la indemnización en caso de lesiones o incapacidad física o psíquica. Aun cuando las nuevas normas no se apliquen concretamente al caso sometido a consideración de la Sala, que será analizado, como ya lo dije, conforme a la ley vigente al momento del hecho dañoso, indudablemente ellas consagran los criterios doctrinales y jurisprudenciales ya aceptados en la materia, pues reiteradamente se ha dicho que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad psicofísica tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, además de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (CSJN, Fallos 308:1109; 312:2412; 315:2834; 318:1715). Ahora bien, en materia de procesos de daños y perjuicios, la prueba pericial resulta de particular trascendencia en lo que se refiere a la existencia y entidad de las lesiones por las que se reclama; el informe del experto no es una mera apreciación sobre la materia del litigio, sino un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos. En el informe pericial que luce a fs. 331/336, el perito médico designado de oficio, luego de haber analizado las constancias del expediente y tras examinar a M. F. C. (hijo), determinó que ?como consecuencia de la intoxicación alimentaria producida por la ingesta de una torta de duraznos con crema chantilly contaminada con estafilococcus coag. Positivo, el día 16 de octubre de 2006 (...) amerita una incapacidad del 8 %, persistiendo a la fecha una intolerancia alimentaria, que le genera dispepsia gástrica y pirosis? (fs. 335/336). Por su parte, en lo atinente al daño psíquico de la víctima de la intoxicación, la Licenciada en Psicología M. T. A. manifestó que ?no se han encontrado secuelas psicológicas ni daño psíquico alguno relacionado con el incidente que se ventila en esta causa (...) Corresponde señalar la presencia de una personalidad que no cumplimenta los criterios establecidos como indicadores de daño psíquico. Si bien al actor le aconteció un hecho desagradable, por sobre todo lo fue para sus padres por la ausencia de reconocimiento a su reclamo; no se observan del análisis del material obtenido los síntomas que configuren un trauma psíquico que se compatibilicen con daño psicológico, según los criterios diagnósticos establecidos por el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales IV (DSM IV)? (fs. 359). No encuentro razones para apartarme de lo informado por los peritos designados de oficio, al ponderar sus conclusiones en el marco de las facultades que me confieren los artículos 386 y 477 del Código Procesal, habida cuenta de que el informe médico no fue cuestionado por ninguna de las partes del proceso y la pericia psicológica fue impugnada por el actor sin fundamento científico alguno (véase que a fs. 361 el planteó se limitó sin más a ?impugnar la pericia presentada por la experta psicóloga por no otorgar incapacidad al menor?) ni impulso posterior al proveído de fs. 362 por el cual se tuvo presente dicho planteo. Tal como lo ha expresado jurisprudencia de este Fuero, la cual comparto, el hecho de que el dictamen no tenga carácter de prueba legal no importa que el juez pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del idóneo. Antes bien, la desestimación de las conclusiones a las que arribara ha de ser razonable y motivada, resultando imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o inadecuado uso que el experto hubiera hecho de sus conocimientos científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado (CNCiv., Sala J, 10/12/2009, expte. N° 76.151/94, ?T., C. D. c/ L., L. M.). En consecuencia, estimo que corresponde confirmar el rechazo de las partidas correspondientes al daño psicológico y al tratamiento psicológico (rubros cuya indemnización resulta improcedente ante la ausencia de un menoscabo psíquico objetivamente constatable), y en lo concerniente al quantum adeudado a la víctima en concepto de daño físico, a la luz de los principios expluestos, considero que deben tenerse en cuenta la entidad de las lesiones sufridas y las disminuciones funcionales que el hecho ilícito le produjo, como así también sus condiciones personales y socioeconómicas. Según surge de la pericia psicológica ya analizada y del incidente sobre beneficio para litigar sin gastos seguido entre las mismas partes, que en este acto tengo a la vista, M. F. C. (hijo) ha nacido en el año 2005, y a la fecha de la intoxicación contaba aproximadamente con un año y medio de edad y vivía con sus padres, su hermana mayor, sus tíos y su abuela en una casa humilde, equipada para satisfacer las necesidades básicas, situada en la calle S. de la localidad de Adrogué. Dados tales factores, los que analizo en función del porcentaje de incapacidad física estimado por el Dr. P. y de diversos fallos emanados de esta Sala en situaciones análogas, considero que la suma de \$ 40.000, fijada a valores vigentes a la fecha del dictado de la sentencia apelada (ver fs. 467/468) y sobre la cual no habrá de computarse la tasa activa de interés desde el día de la producción del perjuicio (me remito al considerando VIII de mi voto), resulta un monto insuficiente para procurar la reparación integral de la partida. Por ello, propondré admitir la queja de la parte actora y rechazar la de

INC S.A. y su compañía de seguros en este aspecto, elevando a \$ 100.000 la reparación de la partida (art. 165 del Código Procesal).

2. Daño moral Determinar qué se entiende por daño moral constituye una cuestión de fundamental importancia, tanto para el damnificado como para el sindicado como responsable. En este sentido, si bien la doctrina especializada ha brindado diversas definiciones de la figura, comparto el concepto brindado por Zavala de González, Chiappero de Bas, Sandoval, Junyent de Sandoval y Pizarro en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1984, que mantiene plena vigencia hasta nuestros días: "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 del 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" (Pizarro, Ramón. D., "Daño moral. Prevención, reparación, punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho", Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 43). El daño moral se configura, entonces, cuando se lesionan los sentimientos o afecciones legítimas de una persona que se traducen en un concreto perjuicio ocasionado por un evento dañoso. O dicho en otros términos, cuando se perturba de una manera u otra la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado, sea en el ámbito privado, o en el desempeño de sus actividades comerciales. Con atinado criterio, se ha expresado que el daño patrimonial afecta lo que el sujeto tiene, en cambio el daño moral lesiona lo que el sujeto "es" (del voto de la Dra. Mattera en autos "S.M.A. y otro c/ Z.J.L. y otros s/ daños y perjuicios", 28/08/2015, publicado en Rev. La Ley 29 de octubre de 2015, con cita de Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de Daños", Presupuestos y Funciones del Derecho de Daños, t. 4, p. 103). Así pues, el daño moral constituye un daño autónomo cuya reparación es independiente del daño material, aun cuando éste, en caso de existir, deba tenerse en cuenta. Se trata de un rubro que merece tratamiento diferenciado, por tener naturaleza jurídica distinta, y en razón de que tutela un bien jurídico diverso. Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, lo cual es imposible, sino que el juez debe apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima a fin de establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. El daño moral no debe ser objeto de prueba directa pues ella resulta imposible si se tiene en cuenta la índole del mismo que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser auténtica expresión. Nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia e intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o la decepción (cfr. Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría de la responsabilidad civil", p. 244; Pizarro, Ramón Daniel, "La prueba del daño moral", en Rev. Derecho Privado y Comunitario, N° 13, Prueba-I, 1997; Trigo Represas, Félix A. Lopez Mesa, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", T. 1, p. 478 y ss.). A los efectos de determinar su cuantía, corresponde tomar en cuenta las consecuencias de la lesión, su gravedad, intensidad, extensión y los tratamientos padecidos para procurar que la indemnización otorgada cumpla la función de enmendar o neutralizar en la víctima el sufrimiento experimentado (conf. Zavala de González, Matilde, "El concepto de daño moral", J.A., Sec. Doctrina del 6-2-85). El dinero, el "quantum" reparatorio no cumple aquí una función valorativa exacta, sino de satisfacción y de sustitución (según los términos utilizados en el nuevo artículo 1741 del Código Civil y Comercial) frente a los padecimientos y angustias que el accidente provocó en el damnificado. En esta línea de razonamiento, estimo que la suma fijada por la a quo resulta insuficiente para la reparación integral del rubro, dada la entidad de las lesiones padecidas a tan temprana edad por C. (hijo), a cuyo porcentaje y características ya me he referido precedentemente, como así también las condiciones personales de la víctima (también ya analizadas) y la angustia y frustración que indudablemente le provocaron y le generarán durante toda su vida las consecuencias derivadas de la intoxicación (la necesidad de realizarse estudios y atravesar tratamientos médicos, además de la circunstancia de padecer limitaciones físicas permanentes, con el consiguiente impacto que ello genera en su vida cotidiana). Por ello, dejo planteado mi voto en el sentido de admitir el agravio del actor y rechazar el de la accionada y la citada en garantía en relación a este punto de la sentencia apelada, y elevar la reparación del daño moral a la suma de \$ 60.000, a valores vigentes a la fecha del pronunciamiento de la instancia anterior (art. 1078 del Código Civil y art. 165 del Código Procesal).

3. Pérdida de chance Se quejó la parte actora porque, a su juicio, corresponde condenar a la demandada a la indemnización de la pérdida de chance a favor de C. (hijo), rubro que fue reclamado en el escrito inicial (ver fs. 13 vta.) y que la a quo no abordó en el fallo apelado. Resulta procedente examinar la cuestión, dado que el art. 278 del Código Procesal expresamente faculta al tribunal de Alzada para decidir sobre los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia si dicho pronunciamiento fue solicitado en la oportunidad de expresar agravios. Ahora bien, adelanto que a mi juicio, por dos fundamentos esenciales, el resarcimiento de la pérdida de chance no debe prosperar. En primer término, en la medida en que el daño debe ser cierto (como lo afirman de manera unánime la doctrina y la jurisprudencia al enunciar los requisitos del daño resarcible, y lo consagra en la actualidad el art. 1739 del Código Civil y Comercial), la pérdida de chance debe ser real y seria, y no una mera ilusión o conjetura en la mente del damnificado, pues en ese caso se estaría autorizando el resarcimiento de un daño meramente hipotético (Pizarro-Vallespinos, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, t. 2, Buenos

Aires, Hammurabi, pp. 650-651). Por lo mismo, la chance por cuya frustración se reclama debe ser concreta, y no un universo abstracto de oportunidades perdidas en general (ver, en este sentido, C. Civ. y Com. de Rosario, sala I, 22/10/2010, "Mongelli, Mariel B. c. Banco Macro S.A.", La Ley Online; AR/JUR/70834/2010; CNCom, sala A, 28/12/2007, "Cusato, Gabriel Alejandro c. Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A. y otro", LL Online; AR/JUR/11656/2007). En el presente caso, ninguna pérdida de chance puntual y específica ha demostrado la parte actora, sino que en sus propias palabras (ver fs. 11 vta.) aludió a una simple posibilidad que afortunadamente no sucedió: ¿no deja de dar vueltas en nuestro pensamiento qué hubiera sucedido si la intoxicación hubiese desembocado en una tragedia?. Por lo demás, tampoco puede ordenarse el resarcimiento de esta partida como ¿pérdida de la chance de salud? (ver, también, fs. 11 vta.), pues las secuelas físicas experimentadas por C. (hijo) a raíz de la intoxicación encuentran adecuado resarcimiento a través del rubro ¿incapacidad sobreviniente?, tal como lo he desarrollado en el primer punto de este considerando. La reparación adicional por la vía de la ¿pérdida de chance? de esas consecuencias lesivas arrojaría una doble indemnización por el mismo perjuicio, que resulta evidentemente inadmisibles pues supondría un enriquecimiento sin causa a favor de la víctima. En tal inteligencia, estimo que corresponde rechazar la queja del demandante y declarar improcedente el resarcimiento de la ¿pérdida de la chance?, lo que así propongo al Acuerdo.

VIII. Intereses Como reiteradamente lo he sostenido en numerosos pronunciamientos, el punto de partida de los intereses respecto de todos los perjuicios que padeció la víctima de un hecho ilícito debe comenzar cuando se produjo la mora, tal como dispone la doctrina plenaria de esta Cámara Civil en los autos ¿Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A.?, del 20 de abril de 2009. Ello es así, pues en mi opinión el deber de indemnizar nace con el daño ocasionado a la víctima el día del hecho, y en ese momento se produce la mora del deudor, con el consiguiente inicio del curso de los intereses (art. 1748 del Código Civil y Comercial de la Nación). No obstante, en este caso no puede ignorarse que las respectivas indemnizaciones se han fijado expresamente en valores actuales (ver considerando VI del fallo apelado), y ocurre que la aplicación de la tasa activa desde el día del accidente, al procurar por dos vías diferentes la actualización del valor real de las sumas adeudadas, implicaría la duplicación del resarcimiento por un mismo daño y un enriquecimiento incausado para el actor. En consecuencia, y siguiendo la solución aplicada por esta Sala en casos análogos, propiciaré la aplicación de la tasa pura del 8 % anual desde la fecha de acaecimiento del hecho ilícito (16 de octubre de 2006) hasta la del dictado del pronunciamiento de primera instancia, y a partir de entonces y hasta el efectivo pago, la tasa activa cartera general (préstamos) -nominal anual- vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Tal es el temperamento adoptado por la jueza de la instancia anterior, por lo que dejo sentado mi voto en el sentido de rechazar la queja planteada por el actor en esta materia. Finalmente, en cuanto a los intereses moratorios que esta Sala aplica para el caso de incumplimiento de pago en el plazo establecido, he de compartir el criterio sustentado por mi colega Dr. Liberman en los autos ¿C., F. A. c/ V., G. s/ daños y perjuicios? del 28 de mayo de 2014, de suerte que en caso de demora en el pago de la condena en el plazo de diez días, habrán de abonarse a partir de entonces intereses moratorios equivalentes a otro tanto de la tasa activa del plenario ¿Samudio?. Ello, en virtud de lo previsto por los art. 768 y 1747 del Código Civil y Comercial de la Nación.

IX. Conclusión Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido propongo al Acuerdo: 1) Modificar la sentencia apelada, elevando a \$ 100.000 la indemnización a favor de C. (hijo) en concepto de daño físico, y a \$60.000 la correspondiente al daño moral. 2) Rechazar el resarcimiento reclamado de la pérdida de chance (art. 278 del Código Procesal). 3) Liquidar los intereses sobre el capital de condena de acuerdo a lo establecido en el considerando VIII. 4) Confirmar la sentencia recurrida en lo demás que decidió y fue materia de agravios, con costas de Alzada a la demandada y a la citada en garantía quienes resultan sustancialmente vencidas (art. 68, primera parte del Código Procesal). ASÍ VOTO. Por razones análogas a las expuestas por la Dra. Iturbide, los Dres. Pérez Pardo y Liberman votan en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto. Firmado: Gabriela Alejandra Iturbide, Marcela Pérez Pardo y Víctor Fernando Liberman. Es copia fiel del original que obra en el Libro de Acuerdos de esta Sala.

María Claudia del C. Pita Secretaria de Cámara Buenos Aires, 23 de marzo de 2018. Y VISTOS: lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el Tribunal decide: 1) Modificar la sentencia apelada, elevando a \$ 100.000 la indemnización a favor de C. (hijo) en concepto de daño físico, y a \$ 60.000 la correspondiente al daño moral. 2) Rechazar el resarcimiento reclamado de la pérdida de chance. 3) Liquidar los intereses sobre el capital de condena de acuerdo a lo establecido en el considerando VIII del voto de la Dra. Iturbide. 4) Confirmar la sentencia recurrida en lo demás que decidió y fue materia de agravios, con costas de Alzada a la demandada y a la citada en garantía quienes resultan sustancialmente vencidas. Difiérase la regulación de honorarios correspondientes a la Alzada hasta tanto la señora jueza a quo fije los de la instancia anterior. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se hace saber que la eventual difusión de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2º párrafo, del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional.

Gabriela Alejandra Iturbide Marcela Pérez Pardo Víctor Fernando Liberman

034383E