

## Supermercado Danos Causados En Un Cliente Caida De Caja De Ceramicos

### JURISPRUDENCIA

### Supermercado. Daños causados en un cliente. Caída de caja de

cerámicos Se confirma parcialmente la sentencia que hizo lugar a la demanda entablada con motivo de los daños padecidos por la actora, quien resultó lastimada en un establecimiento comercial perteneciente a la demandada al caerse varias cajas de cerámicos sobre su pie. Se admite la franquicia invocada por la citada en garantía en los términos de la ley 17418. En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 9 días del mes de octubre de 2018, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los señores jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, del Departamento Judicial La Matanza; doctores Carlos Alberto Vitale y Luis Armando Rodríguez, para dictar sentencia en los autos caratulados ?SITA ANDREA FABIANA C/ CENCOSUD SA S/DAÑOS Y PERJ. DEL./CUAS. (EXC.USO AUT. Y ESTADO)?, habiéndose practicado el sorteo pertinente - artículos 168 de la Constitución y 263 del Código Procesal Civil y Comercial, ambos de la Provincia de Buenos Aires resultó que debía observarse este orden: doctor Vitale y doctor Rodríguez. Por encontrarse el doctor Carlos A Vitale en uso se licencia por razones de salud (conf Resol 55685 del 25/7/18 de la Dirección General de Sanidad) se deja constancia que el Tribunal se integra con la intervención del doctor Héctor Roberto Pérez Catella, Presidente de la Excma Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental (conf art 36 de la ley 5827); resolviéndose plantear y votar las siguientes: CUESTIONES

Primera Cuestión: ¿Es justa la sentencia recurrida? Segunda Cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION A la primera cuestión, el doctor Pérez Catella dijo: I.- a.- Antecedentes. Vienen los autos a la consideración de la Alzada como consecuencia de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada y la citada en garantía (fojas 367 y 376) contra la sentencia definitiva de fojas 349/363vta. Los recursos fueron concedidos libremente a fojas 368 y 377 y sostenidos a través de las piezas obrantes a fs 387/391vta y 393/401; corrido el traslado de ley (fs.402) la parte actora lo contesta. A fs 403 y alegando la insuficiencia recursiva la parte actora contesta los agravios de la parte citada en garantía, argumentando que solo configuran un comentario sin discernir acerca del error del juzgador. A fs 404/406, respondiendo a los agravios de la parte demandada, solicita la deserción del recurso pues interpreta que se está frente a una mera discrepancia con lo decidido. A todo evento contesta los agravios muy escuetamente (fs 465), señalando la escasa preocupación de la demandada en aportar elementos de prueba tendientes a sustentar su posición defensiva, su incomparecencia a la audiencia de vista de causa y la falta de compulsa al material audiovisual surgido de la misma. Interpreta por estas razones que el recurso no puede prosperar. I.-b. La sentencia. En la sentencia de fojas 349/363, luego del relato pormenorizado de los hechos configurativos de la demanda y las posiciones asumidas por las partes; el señor Juez de grado se aboca al tratamiento de la responsabilidad en el presente caso y a determinar sus efectos dañosos. Analiza cada uno de los rubros indemnizatorios reclamados. En síntesis, el Magistrado de la instancia anterior hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por la actora, señora Andrea Fabiana SITA contra CENCOSUD S.A. condenando a esta última y a la citada en garantía, LA MERIDIONAL COMPAÑIA ARGENTINA DE SEGUROS S.A. dentro de los límites de la franquicia fijada en la cobertura asumida a abonar a la primera la suma de Dos cientos sesenta y nueve mil pesos (\$ 269.000), sin actualización monetaria, con más los intereses establecidos en el considerando quinto, dentro del plazo de 10 días de quedar firme la presente y bajo apercibimiento de ejecución. Impuso las costas a la parte demandada difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para el momento procesal pertinente (art 51 Leu 8904/77 \* ver considerando VII a fs 363). I.-c. Apelación y agravios. Contra este pronunciamiento se alzó tanto la parte demandada como la citada en garantía. Conforme lo señalado renglones arriba, la parte Demandada en su escrito de fs 387 y ssgtes cuestiona la sentencia sosteniendo que la accionante no ha probado la relación causal entre el supuesto vicio de la cosa y el daño; encuadró la cuestión erróneamente al amparo de la normas del derecho del consumidor y destacando además que no existe prueba alguna que pueda demostrar que hubo en el caso responsabilidad de su parte. Destaca que el fallo se sostiene en dogmatismos y suposiciones y que el decisorio deriva en una clara violación a las normas del debido proceso. Destaca que de las constancias de autos "no se sigue sin más que pueda presumirse el riesgo o vicio de la cosa, ni que fuera apta para potenciar, recrear o aumentar la posibilidad de daño, máxime si no ha tenido participación activa en la producción" (ver fs 388) y que es a la víctima a quién le correspondía demostrar la existencia de dichos presupuestos.. En definitiva, reitera que la demandante omitió acreditar el supuesto de hecho de la normativa aplicable, por lo que la sentencia debe ser revocada; un fallo condenatorio no puede sustentarse en la declaración de un testigo. En otro orden y con apreciaciones generales (ver fs 390 vta) cuestionó por elevado el resarcimiento fijado a los distintos conceptos, sosteniendo que las atribuciones que otorga el art 165 del CPCC no libera de acreditar los presupuestos de la pretensión. En referencia a los gastos médicos farmacéuticos cuestionó la falta total de facturas con las cuales acreditar los gastos realizados por honorarios,

medicamentos, traslados, etc. En pocas palabras, peticionó la revocación de la sentencia o en su defecto, la reducción sustancial de los montos fijados. La Citada en Garantía expresa en primer agravio su queja, cuestionado por poco clara la resolución del señor juez de grado, respecto de la franquicia a cargo del asegurado, interpretando que no es su mandante quien debe responder dentro de los límites de la franquicia, sino Cencosud; es el asegurado quien deberá abonar el importe obligatorio de U/\$ 25.000 y solo su parte en cuanto la sentencia exceda en su monto dicha suma. Con abundante jurisprudencia reafirma el concepto y pidió la aclaración. Se agravio también por el monto fijado para responder a la incapacidad física, sosteniendo que el resarcimiento no tuvo en cuenta " que la actora fue asistida por un traumatismo de pie, sin lesiones óseas", con una RX normal y sin limitaciones de movilidad. Se agravia además por la fijación del daño moral a favor del actor y por su cuantía. Considera que la actora ha confundido "daño psicológico" con "daño moral" al afirmar que de la prueba producida resulta concluyente la determinación del daño moral", cuando en realidad no se han acreditado los padecimientos que harían a la actora acreedora del resarcimiento. Sostiene los agravios a través de la jurisprudencia que destaca (ver fs397vta/398). Con referencia al daño psíquico, cuestiona no se haya tenido en cuenta las impugnaciones de su parte y que se haya tratado el concepto con una autonomía que no tiene, derivando en una doble indemnización. Destaca que el aquo confunde las lesiones que puede inferir un determinado hecho con los daños resarcibles que aquellas lesiones pueden producir y citando jurisprudencia, peticiona el rechazo del resarcimiento otorgado. Por último, sostiene que la sentencia condena a la demandada, sin mención alguna a su parte citada en garantía y que conforme las condiciones impuesta en la Póliza n° 191349 y la franquicia que contempla, la eventual condena no será ejecutable contra su parte (Cláusula 30 punto I) Como lo he destacado, sólo la parte actora a fs 403/406, responde a los agravios de la parte demandada y la Citada en garantía; en su responde a la vista conferida (fs 408/410) el señor Fiscal Adjunto con fundamento en dictados de la CSJN y SCBA, avala la procedencia de la franquicia invoca por la citada en garantía. A fojas 411 se dispuso el llamamiento de autos para sentencia, providencia que una vez firme y consentida, motivó el sorteo que me desinsaculara como Magistrado preopinante. II. La solución. De manera liminar a entrar en el estudio de los agravios volcados en este sentido, corresponde discurrir sobre la ley aplicable al caso de autos ocurrido el 28 de abril de 2013, indicándose en este sentido que, conforme reiterada Doctrina y Jurisprudencia ?De acuerdo con lo dispuesto por el art. 7 del Código Civil y Comercial, de conformidad con el criterio de consumo jurídico y el principio de irretroactividad de la nueva ley, la cuestión que es objeto de estos obrados debe juzgarse conforme la normativa vigente a la fecha en que nació y se consumó la relación jurídica que se discute. La noción de consumo, que subyace en el art. 7 CCCN, fue tomada por Borda de la obra de Roubier, quien distingue entre leyes que gobiernan la constitución y la extinción de una situación jurídica, y leyes que gobiernan el contenido y las consecuencias (conf. Roubier, Paul, Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps) 2° ed., Paris, ed. Dalloz et Sirey, 1960, n° 42 pág. 198 y n° 68 pág. 334, citado por Kemelmajer de Carlucci, ?El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme?, LA LEY 22/04/2015, 22/04/2015, 1 - LA LEY 2015-B, 114, Cita Online: AR/DOC/1330/2015). Cada fase se rige por la ley vigente al momento de esa etapa; el consumo o el agotamiento deben analizarse según cada una de esas etapas, en concreto. Conforme con ello, las condiciones para el ejercicio de la acción y la procedencia de la pretensión formulada serán analizadas conforme lo dispuesto por el Código Civil derogado. En efecto, la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso, pero las consecuencias no consumadas al momento de la entrada en vigencia del nuevo código se encuentran alcanzadas por este último (conf. Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 100 y sgtes.). Corresponderá entonces analizar los agravios contra la cuantificación de los daños o el cómputo de los intereses conforme las pautas que establece el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación...? a) El pedido de deserción articulado por la parte actora. De manera liminar, y por una cuestión de orden lógico, dado que la parte actora a fs 404 ha pedido se decrete la deserción del recurso, por considerar que no constituyen en determinados aspectos -antes reseñados-, la crítica concreta y razonada de la sentencia, me debo avocar a esa petición. En este sentido, cabe apuntocar que esta Sala ha sostenido, por ejemplo in re ?Mellillo, Virginio c/ Fedele, Filomena A y otra s/ Reivindicación?, sentencia del 11 de noviembre de 2003, RSD 24/2003; Orellana José c/ Empresa de Transporte colectivo La Cabaña SA y otros / daños, Expte 119/2, RSD 11/2006, ?Villordo Claudia c/ Empresa La Vecinal de La Matanza s/ daños? RSD del 19 de setiembre de 2006; Urquiza c/Municipalidad de La Matanza s/ daños Expte 939/2?, entre otros, que hay insuficiencia recursiva cuando la expresión de agravios presentada no constituye la crítica concreta y razonada de la sentencia que desde un punto de vista técnico exige la ley ritual. En esos antecedentes, hemos demarcado los límites por los que debe encausarse la crítica para autorizar la apertura de la discusión en segunda instancia, señalando que ?Existe la carga procesal en cabeza del apelante de fundar adecuadamente el recurso de apelación. La omisión de hacerlo genera la declaración de deserción por insuficiencia del recurso. En este sentido se indicó que en virtud de lo establecido por el artículo 265 del Código Procesal (artículo 260 del CPCBA), pesa sobre el apelante la carga de efectuar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que serían a su criterio equivocadas , exigencia que se cumple mediante la indicación

detallada de los errores, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprochar al pronunciamiento recurrido, y la refutación de los conclusiones de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión.(CNCiv., sala B, abril 24 de 1995, DE, 167-488; ídem, íd. Íbd., DE-166-500). (...)No basta reiterar escritos anteriores. La expresión debe ser autosuficiente, debe bastarse a sí misma (...) ?El ordenamiento procesal exige que la expresión de agravios debe contener la "...crítica concreta y razonada del fallo..." (Artículo 260, C.P.C.) y la no satisfacción de ello conduce a la deserción (artículo 261, C.P.C.). No se trata pues de un obrar caprichoso o discrecional del órgano jurisdiccional, sino del acatamiento de expresas normas que obviamente rigen tanto para éste como para las partes, por lo que no puede alegarse que la mera declaración de deserción resulte agravante. CPCB Artículo 260 CPCB Artículo 261,SCBA, Ac 44018 S 13-8-91, Juez SAN MARTÍN (SD), Estevez Garrido, Elías c/ Domínguez, Miguel Ángel y otro s/ Daños y perjuicios; SCBA, Ac 54246 S 12-8-97, Juez HITTERS (SD), Andrea, Ricardo c/ Manzo, Salvador s/ Daños y perjuicios; PUBLICACIONES: DJBA 153, 231?. De la primitiva lectura del escrito al que me referí en el acápite de la presente, puede colegirse prima facie la parte demandada y la citada en garantía, intentan aún mínimamente una crítica de las parcelas del fallo que consideraron equivocadas. Por esta razón y por los principios de la defensa en juicio, me avocaré al tratamiento de los agravios, desechando la petición de deserción formulada en el escrito contestatario antes indicado. (arg. arts. 260, 261, cctes. sstes. del CPCC, su Doctrina y Jurisprudencia). Ello sin perjuicio de lo que diré en cuanto a la procedencia o no de cada una de esas pretensiones recursivas. b) La franquicia. Fue motivo de agravio por la parte citada en garantía, que, con fundamento jurisprudencial, solicitó la modificación del decisorio pretendiendo se aplique la limitación que impone la cobertura del seguro; ello así porque interpreta que la sentencia no es lo suficientemente clara al respecto. Debo señalar inicialmente que el artículo 118 de la ley de seguros no autoriza a excluir de manera total a la Aseguradora, sólo limita su respuesta pecuniaria hasta la suma que las partes contractualmente lo dispongan. Ha dicho la SCBA que corresponde ?... declarar que la condena a la aseguradora lo es dentro de los límites de la franquicia fijada en la cláusula cuarta del contrato de seguro. (del voto del doctor Negri) (...) en el caso de autos no es posible que al mismo tiempo, se concluya en la existencia de cobertura por parte de la aseguradora, pero se desconozcan los términos y condiciones contractuales aplicables a la misma. En el particular caso de los contratos de seguro obligatorios para empresas de transporte público automotor, numerosos términos y condiciones han sido taxativamente estipulados por la autoridad administrativa nacional reguladora de la actividad aseguradora -Superintendencia de Seguros de la Nación-, de modo que -reconocida la cobertura- tal contenido no puede ser válidamente soslayado por el sentenciante (conf. mi voto en C. 94.988, sent. del 23-IV-2008).(...) Al decidir lo expuesto, el a quo asimismo prescindió de lo dispuesto por la ley 17.418 que específicamente establece que el asegurador mantendrá indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, de modo que la sentencia de condena contra el responsable civil será ejecutable contra el asegurador en la medida del mismo y no más allá de sus términos (arg. arts. 109 y 118, tercera parte, ley 17.418). En efecto, al tercero damnificado le son oponibles todas las cláusulas, aun aquéllas que restrinjan o eliminen la garantía de indemnidad, sin distinguir en la naturaleza que éstas pudieran tener. Ello es así porque esa prescripción quiere significar que el tercero está subordinado, le son oponibles, lo afectan o se encuentra enmarcado por determinadas estipulaciones contractuales, aun cuando haya sido ajeno a la celebración del pacto. Las obligaciones que se atribuyen al asegurador no deben serle impuestas más allá de los términos pactados en la póliza, pues la misma ley 17.418 establece que el contrato es la fuente de sus obligaciones y en dicho instrumento se determinan los alcances y límites de la garantía debida (C.S.J.N., Fallos 322:653). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha seguido esta solución al sostener que "corresponde admitir que la franquicia prevista en el contrato de seguro celebrado entre la compañía de seguros y el asegurado es oponible al tercero damnificado y que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación" (C.S.J.N., en V.482, XLK, "Villarreal, Daniel A. contra Fernández y otros" del 29-VIII-2006, "La Ley" , 2006-F-3; N.312. XXXIX, "Nieto, Nicolasa del Valle contra La Cabaña S.A.", fallo del 8-VIII-2006; F.498.XL, "Fara, Teresa contra Línea 71 S.A." del 7-VIII-2007, publicado en "La Ley" , 2007-B-676; C.724.XLI, "Cuello, Patricia Dorotea c. Lucena Pedro Antonio", resuelta el 07-VIII-2007; "Jurisprudencia Argentina" , 2007-IV-pág.741), aditando que al "... incluirla en la condena y desestimar lo acordado entre el tomador y la aseguradora en cuanto a la franquicia... (el tribunal a quo) prescindió de lo dispuesto en la 17.418 que específicamente establece que la sentencia de condena contra el responsable civil será ejecutable contra el asegurador en la medida del seguro (art. 118, parte 3º) y de la normativa dictada por la SSN que prevé cobertura básica del seguro de responsabilidad civil de vehículos destinados al transporte público de pasajeros una franquicia de \$ 40.000...", de modo que el apartamiento a la normativa citada y vigente sin fundamento idóneo y suficiente, descalificaba la sentencia recurrida como acto jurisdiccional válido (criterio reiterado por tribunal cimero en las causas "Obarrio, M.P. contra Microómnibus del Norte S.A. y otros", del 4-III-2008, "La Ley", 2008-B-402; "Gauna, A. contra La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales", del 4-III-2008, "La Ley", 2008-B-404). (del voto del doctor Pettigiani) (conf. JUBA Fallos a Texto Completo, in re ?SCBA, C 102992 S 17-8-2011, MA, Díaz, Alicia Susana c/ Moreno, Carlos s/ Daños y perjuicios, Negri-Kogan-Pettigiani-de Lázari-Soria) (Lo subrayado me pertenece). Interpretada así la

cuestión y teniendo en consideración la opinión del señor Agente Fiscal Departamental (ver fs 408/410) y el alcance de la cobertura en el caso concreto, es palmario que los efectos de la sentencia no pueden extenderse a la Citada en Garantía. (arts 109 y 118 de la Ley 17418). En consideración al monto de la franquicia es la demandada Cencosud quien deberá hacerse cargo de la condena. c) El caso concreto - En consideración al suceder de los hechos y la posición que asumieran las partes, interpreto que no es tema de discusión si la actora resultó lastimada por la caída de unas cajas de cerámicos sobre su pié, tema sobre el cual existe coincidencia; sí, sobre quién recae la responsabilidad del hecho dañoso. Y ello es central en el caso pues como lo destaca la demandada en sus agravios a fs 387 vuelta, la circunstancia de que el señor juez de grado interpreta aplicable a los hechos la ley de defensa del consumidor, ello no exime a la actora probar los hechos constitutivos de la demanda. Y es éste aspecto central en los presentes actuados. Hemos sostenido que uno de los problemas básicos que plantea la doctrina es cuando una cosa es riesgosa. Hay cosas que no son riesgosas per se, aunque pueden serlo por la falta de cuidados o por su utilización inanimada o inerte que, a la vez, es no riesgosa per se. La pólvora es una cosa inerte riesgosa per se, pero una escalera no es riesgosa por naturaleza. Ello no descarta la eventual aplicación del artículo 1113 del Código Civil, a condición de que se pruebe que la cosa era riesgosa por vicios en su estructura o por alguna otra circunstancia. Se ha dicho que lo estático es el peligro que la cosa puede llevar en sí, pero no la cosa misma. Las cosas inertes pueden tener normalmente un peligro estático, como la pólvora, o no tenerlo, por excepción, si la pólvora estuviese húmeda. Una escalera por ejemplo, que es inerte y normalmente no es peligrosa, puede excepcionalmente tener un peligro estático si sus escalones fuesen resbalosos o se hallasen en mal estado de conservación. En nuestro caso una caja de cerámicos es una cosa inerte pero puede llegar a ser peligrosa si por su peso y una mala estiba se desplaza. La SCBA ha dicho que no puede sostenerse que una cosa no reviste el carácter de riesgosa sólo por su condición de inerte, porque para determinar si genera peligro el juez en cada oportunidad debe preguntarse si ella por cualquier circunstancia del caso produce un riesgo en el que pueda ser comprendido el daño sufrido por la víctima; a pesar de que una cosa en sí misma considerada puede no ser peligrosa, en ocasiones alcanza ese carácter en función de las circunstancias del caso (SCBA, L 38961 S 24-11-1987, Amicone, Rubén Oscar c/ Cometarsa S.A.I.C. s/ Daños y perjuicios, PUBLICACIONES: DJBA 135, 96 - AyS 1987-V, 166, NNF: 87010182; SCBA, L 51505 S 12-10-1993, Gerez, Santa Catalina c/ Relimar S.A. s/ Accidente, PUBLICACIONES: LL 1993-E, 579 - DJBA 145, 247, TT0300SM, NNF: 93010004; SCBA, L 76465 S 22-11-2000, Castillo, Luis O. c/ González Pietta S.C.A. s/ Indemnización por enfermedad, etc., TT0002BB, Juba, Laboral, B11238). Decían Ripert Boulanger que una vez admitido que el artículo 1384-1º (interpretación del artículo del Código Civil Francés asimilable al artículo 1113 de nuestro Código Civil) se aplica aún a las cosas inertes, la jurisprudencia se ha encontrado en presencia de casos en los que la cosa no había desempeñado sino una función puramente pasiva. Los más numerosos son aquéllos en los que una persona se ha herido al caer de una escalera, se ha resbalado sobre un peldaño o un guijarro, ha chocado contra un objeto que se hallaba en un lugar normal. Numerosas decisiones han descartado en esas hipótesis la responsabilidad por el hecho de las cosas en razón del papel puramente pasivo de la cosa (Civ., 23 de enero de 1945, D.1945, 317, nota Savatier; Req., 16 de abril de 1945, S. 1945.I.73, J. C. P. 1946, 3178, nota Houin; Ver nota París, 18 de marzo de 1936, 304; 7 de julio de 1936, D.H. 1936, 432; Marty, nota al S. 1937.2.217) . Como dijimos la posición de la jurisprudencia, en nuestro país, no es descartar en forma inicial la posibilidad de que la cosa inerte sea riesgosa, ni tampoco por la circunstancia de que haya representado un papel pasivo en el evento. Destaca el señor juez de grado en jurisprudencia que compartimos plenamente que según autores de la talla de Alberto J. Bueres y Elena I. Highton: "En definitiva, la regla general es que la víctima no tiene que probar la configuración del riesgo de la cosa, en atención a lo dispuesto por el art. 1113, parte 2º del Cód. Civil, bastándole con la demostración del daño causado y el contacto con la cosa riesgosa, pero cuando se trata de cosas inertes, aunque en definitiva se aplicará dicho texto legal, recaerá sobre la víctima la carga de la prueba del comportamiento o posición anormales de la cosa" ("Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial.", to. 3 A, pág. 633 y su cita, CSJN, 11/5/93, JA, 1994-I, 477). También que "Es a cargo de la víctima demostrar la justificación del riesgo o vicio de la cosa inerte y la relación de causalidad entre uno y otro y el perjuicio; esto es, en otras palabras, acreditar el papel causal que jugó la cosa inerte en la dinámica del daño a través de la demostración de una posición o comportamiento anormal. De comportamiento normal, no ha tenido incidencia causal relevante susceptible de disipar la responsabilidad objetivo de su dueño o guardián, pues a su respecto no existe una presunción de causalidad como instrumento del daño, tal como lo genera una cosa en movimiento (por ej. un automotor)" (CC0002 SM 50782 RSD 139-2 S 16-5-2002) y que "En lo relativo a las cosas inertes se ha dicho que es causa activa del daño cuando su anormal situación o ubicación circunstancial crea la probabilidad y consecuente previsibilidad de una contingencia perjudicial..." (CC0001 AZ 50764 RSD-55-7 S 16/08/2007, JUBA sumario B1050768). En nuestro caso, a contrario de lo sustentado por la demandada (ver fs 388), entiendo se encuentra acreditado la ocurrencia del hecho y sus consecuencias a través de la declaración testimonial de la señora María Cristina Diaz, que en la audiencia videograbada evaluada por esta Alzada y ante el señor Juez de la instancia anterior, "evidenció convenientemente la caída de las cerámicas sobre el pie derecho de aquella acontecida

en su propia presencia" (v. CD glosado a fs. 315). Sostuvo la testigo que "pasó por sector de cerámicas", pues había ido a ver unos apliques en el sector de iluminación; ve a una señora de unos 40 años que estaba mirando hacia arriba y sorprendentemente se caen una cajas frente a ella; que la señora no movió las cajas; que caen sobre el pie derecho de la señora que se quejaba del dolor. Describió las cajas, el lugar en que estaban éstas y donde se exponían las muestras. efectuó un relato de los hechos posteriores y la asistencia del personal del lugar inmediatamente al suceso. Compartimos lo expresado por el señor juez de grado al momento de valorar la declaración de esta única testigo. El juez goza de amplias facultades para valorar, conforme las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones testimoniales y el hecho de encontrarnos frente a un testigo único, no desmerece en principio su valor probatorio. El viejo aforismo testis unus, testis nullus ya ha sido dejado de lado. No existen reglas fijas en cuanto al número de testigos pues en definitiva, la convicción que generen las declaraciones sobre la verdad de los hechos dependerán de su confronte con las circunstancias del caso y el resto de la prueba obrante en la causa. Se ha dicho que los testigos se valoran o pesan, no se cuentan. Y en este caso en concreto la testigo ha sido concluyente y precisa en cuanto a como sucedieron los hechos y sus consecuencias. En otras palabras la actora ha acreditado la existencia del hecho, la causa del accidente y la relación causal con el daño. Observo además que a la demandada se la tuvo por confesa a fs 319 en los términos del art 415 del CPCC y respecto del pliego de posiciones de fs 318 -que valoramos-; no asistió a la audiencia de vista de causa perdiendo con ello el derecho a repreguntar ni aportó prueba alguna que permita eludir o excusar su responsabilidad en el caso y que le impone el deber de seguridad (art. 42 de la CN, 168 y 171 de la CPBA; 505, 512, 513, 902, 909, 1113 y concordantes del Código Civil, 354, 375, 384, 456 y cctes del CPCC ; Ley 24240). La sentencia debe confirmarse en este aspecto puntual y así lo propondré al Acuerdo. d) La incapacidad sobreviniente. Sostuvo nuestro Superior Tribunal con muy fundado voto del doctor Roncoroni, a la hora de discurrir acerca del rubro en tratamiento, que "Hoy, bajo el vocablo incapacidad han de computarse a los efectos de una reparación plena: a) la lesión en si misma como ofensa a la integridad corporal del individuo (incapacidad estrictamente física); b) el detrimento que ello produce en su aptitud de trabajo (incapacidad laboral); c) el menoscabo que además, apareja en su vida de relación toda, al amenguar y dificultar sus interrelaciones con los otros en el plano social, cultural, deportivo, lúdico, sexual, etc., al lado de similares inconvenientes e impedimentos en sus relaciones con la cosas (para lo que puede utilizarse la denominación de incapacidad o disminución de la capacidad integral del sujeto); d) el daño o incapacidad estética y e) el daño o incapacidad psicológica, cuando estos dos últimos perjuicios no son tarifados en forma autónoma y diferenciada de aquella tríada de minusvalías que, al presente y por lo general, se consideran integrativas de la incapacidad sobreviniente a indemnizar." (conf. SCBA, Ac 90471 S 24-5-2006, Kessler, Jorge Héctor c/ Pagano de Baez, Alicia y otro s/ Daños y perjuicios, sumario JUBA B28408). Con ese Norte, en distintas ocasiones esta Sala, vgr in re "Mendoza Liliana c/Troche Jerónimo s/daños y perjuicios Expte 387/2?", Clementi Pablo c/ Ampuero Luciano s/daños SRD 8/2007 del 13/3/07, "Albarracin Blas Ramón c/ Vidal José Antonio s/ Daños?" y "Domínguez Ramón Miguel c/ Vidal José Antonio s/ Daños y perjuicios," RSD n° 10/2008 del 8 abril de 2008, "Surita Rosalía c/ Cuevas Rubén y otro s/ daños y perjuicios Expte 1705/2 RSD 29/2010, "Martínez Alves Sebastián s/ Suchenia Diego Abel y Otros s/ daños y perjuicios" Expte 1694 RSD 35/2010, entre otros; ha delineado fundamentos y pautas a tenerse en cuenta para valorar la composición, cuantía y acogimiento de la indemnización en concepto de incapacidad sobreviniente. Allí hemos dicho que "Sobre esas pautas, y reiterando que a las indemnizaciones en sede civil no se las establece a la manera de una aplicación automática de una tabla de valores (baremos), donde cada punto de incapacidad otorgada tiene, conforme el Tribunal o juez sorteado, un valor diferente. En palabras de esta Sala, "la indemnización resulta ser un traje a medida", cuyos valores se establecen para cada caso, de acuerdo con las constancias objetivas de autos. Es aquí donde la actividad probatoria de las partes, conforme el principio de las cargas toma especial relevancia a la hora de apreciar elementos de convicción. En muchas ocasiones se pide elevación o disminución de sumas, sin haber desplegado acto alguno, o intervenido en la etapa probatoria a esos fines -a veces con desistimientos más que prematuros o incomprensibles negligencias decretadas en los más que extensos procesos-. No basta con una mera actitud expectante ante el proceso, una carga es el imperativo del propio interés, y quien no la ejerce se perjudica (Couture, Eduardo en Principios de Derecho Procesal)". El peritaje resulta ser uno de los puntos de partida a la hora de establecer las indemnizaciones, debiendo indicar que los dictámenes han de ser juzgados conforme las normas de los artículos 384 y 474 del CPCC, y que para apartarse de sus conclusiones no bastan meras impugnaciones o escritos donde se piden explicaciones, ello pues "No es suficiente con que una de las partes impugne la pericia para que sea necesaria la producción de otra, ya que de lo contrario la eficacia de las mismas quedaría sujeta a la voluntad de las partes. Las razones para dejar de lado un informe pericial deben ser de tal entidad que demuestre que las conclusiones del perito se apartan de las reglas lógicas de su ciencia o lo que es lo mismo, que carecen de sustento científico." (conf. CC0201 LP 107011 RSD-15-7 S 22/02/2007, Perego, Mónica Ruth c/Duarte, Alicia s/Cobro ejecutivo, Marroco-López Muro, sumario JUBA B256219). A fojas 266/8, el perito médico, Dr. Ricardo A. Hermida, dictaminó que la demandante presenta secuelas físicas de contusión de pie derecho, con dolor y edema, causalmente vinculada al hecho de autos, con una incapacidad parcial y permanente del 5% según

Baremo de Reconocimiento Médico de la Provincia de Buenos Aires; destaca además el experto que la actora no tiene limitaciones funcionales en el tobillo y dedos de sus pies. Conferido el traslado de la pericia, la Citada en garantía impugna el dictamen (fs 303): describe la lesión, destaca la inexistencia hipotrofia muscular, la normalidad de la RX y concluye que al no existir reducción de la capacidad funcional en la actora no se justifica la incapacidad del 5% que otorga el perito médico. La lógica que presenta el discurso sin una impugnación científica que demuestre el error de las conclusiones periciales, está destinada al fracaso. Y ello es así porque una pericia sólo impugnarse mediante una demostración cabal de la incompetencia técnica debiendo contener una advertencia concreta y terminante de cuáles son los defectos que se le imputan que permitan desvirtuar su fuerza probatoria; es decir, deben existir bases sólidas demostrativas de la equivocación del perito. No dándose en el caso esta situación, tratándose de una cuestión de orden científica, no obstante que el dictamen pericial no obliga al juez, no lo es menos que, cuando es suficientemente fundado y uniforme en sus conclusiones debe acordársele valor probatorio. Estos fundamentos son razón suficiente para desestimar los agravios dirigidos a este concepto. En el aspecto psicológico, la sentencia anterior sostuvo el dictamen pericial en que el Perito Psicólogo interviniente, Lic. Roberto Horacio Casanova, detectó la actora una incapacidad parcial y permanente del 10% con más un tratamiento psicológico, no inferior al año, a razón de dos sesiones semanales y por un costo aproximado entre \$ 400 y \$ 800 individual, "a modo de contención, fortalecimiento de los aspectos saludables existentes y a los fines de evitar el agravamiento del cuadro descripto"(fs. 281/91). La citada en garantía requirió explicaciones (fs. 309/11), que el experto brindó en la audiencia de vista de causa celebrada en autos, que escuchamos y valoramos (v. acta de fs. 316/vta.), no apartándose de sus conclusiones (v. CD de fs. 315). Ahora bien, si observamos los agravios de la parte demandada en este aspecto puntual (ver fs 390vta punto a 2do párrafo), la queja es inatendible pues solo está dirigida a señalar el alcance del pronunciamiento pero sin ninguna crítica dirigida a cuestionar lo decidido. Distintos son los agravios de la citada en garantía (fs 398) dirigidos a discutir la autonomía del daño psíquico en un aspecto, y por otro, la incidencia del daño en el aspecto patrimonial o extrapatrimonial, sin que ello implique concluir en una doble indemnización, lo cierto es que los agravios se diluyen en una mera expresión de deseos por la ausencia de una crítica concreta. Los agravios son una demanda de impugnación y como tal están destinados a atacar, controlar y específicamente criticar los errores del juez, expresando los motivos por los que se considera al fallo erróneo o contrario a derecho y en este entendimiento, va de suyo que la queja deviene insostenible por defecto y por escasa, sellando la suerte del recurso. Independientemente de lo expuesto, lo cierto es que en nuestro caso se está resarciendo la incapacidad sobreviniente, comprensiva tanto del daño físico como el psicológico y por lo tanto debemos tener presente que si por alguna cuestión metodológica el concepto del daño (físico psíquico) es tratado independientemente, no exista superposición de los conceptos al definirse el resarcimiento. Y en este aspecto, lo único que podría objetarse al pronunciamiento es haber determinado el resarcimiento en forma directa -permítase la licencia- sin utilizar el método de la capacidad residual, cuestión ésta que por no haber sido objeto de agravio resulta ajena a la consideración de la Alzada. Los agravios deben desestimarse.( arg arts 1738, 1742 y cctes CCCN) e) El resarcimiento de Gastos. Conforme los señaláramos al momento de detallar los agravios de la demandada, se cuestionó en el caso el monto de \$ 6.000 fijado para responder al concepto, considerado elevad por la falta de comprobantes que acreditaran las erogaciones. Sostiene la recurrente que la suma otorgada excede las atribuciones que otorga la utilización del art 165 del ritual. La jurisprudencia ha decidido: ?Corresponde admitir los gastos por remedios no documentados en la medida que se adecuen a la situación por la que debió atravesar el reclamante, cuya cuantificación puede hacerse acudiendo a lo normado por el art. 165 del código procesal civil y comercial de la Nación conf CNCiv. Sala A, 17/12/97, ?Schtromvaser, de Klaperman, Fanny c/ Nueve de Julio SAC y otros s/ Daños y Perjuicios?, (conf. Daray, Hernán en op. cit. T. II p. 107); también que ?No se requiere la efectiva prueba de los desembolsos realizados por gastos médicos, de farmacia y de traslados, cuando la índole de las lesiones sufridas por el accidente los hacen suponer. No cabe duda que su procedencia, aun sin contar con la prueba documental específica que los avale, se explica por la escasa entidad económica que tienen tales gastos y por la transitoriedad de los mismos. No es necesario aportar los comprobantes de pago desde que la víctima no está en condiciones de pensar la manera de documentar los perjuicios cuando vive momentos difíciles (CNCiv. Sala F, 8/3/95, Marcon Ana c/ Transportes La Nueva Unión S.A. y otros s/ Daños y perjuicios? (Daray; op. cit. T. II, p. 111). En mi opinión deben admitirse los gastos de farmacia y medicamentos aun cuando la asistencia se hubiere brindado en hospitales públicos o por intermedio de obras sociales, porque de ordinario los pacientes deben hacerse cargo de ciertas prestaciones no amparadas por esos servicios (CNCiv. Sala A, 11/12/97, Perrone Lindolfo A, y otras c/ Empresa de Transporte Sur Nor Cisa y otros s/ daños y perjuicios?). Si bien el Juez puede fijar el monto de las erogaciones, no siendo menester su puntual acreditación, no lo es menos que cuando los gastos exceden parámetros acostumbrados para la habitualidad del ítem, es menester una prueba acabada, no siendo suficiente la mera aprobación por el perito en forma global, sin pormenorización alguna?-(CC0001 SM 51049 RSD-86-3 S 11-3-2003, Juez LAMI (SD); Santander, F. c/ Empresa Línea 216 SAT y ots. s/ Daños y Perjuicios; sumario JUBA B1950572). De la prueba aportada a las actuaciones (Hospital naval fs 234; Centro de Diagnóstico CID fs 213; Consultorio Dr Avila 299), como

de los informes periciales puede concluirse que la actora estuvo asistida por Activa Salud, por lo que más allá de no existir constancia del plan y el alcance de la cobertura - ello no fue acreditado-, es de suponer que en alguna proporción los gastos de atención y tratamientos fueron absorbidos por la institución. En este entendimiento, porque no existe un solo comprobante de gastos y en consideración a las lesiones y tratamientos en la persona de la actora (me remito a los informes pericial de fs 266/268 y 281/291), entiendo elevado el resarcimiento fijado en la instancia. Por lo tanto y por apego a la prudencia y razonabilidad en este caso concreto, habré de reducir el resarcimiento del concepto a la suma de Cuatro mil pesos (\$ 4.000), modificando de esta manera lo decidido en la instancia anterior (arg art 165, 375, 384 y ctes del CPCC; arts 1069 y 1083 del CC - actuales 1738, 1742 y ctes CCCN).

f) Daño moral. Por las consideraciones que se exponen a fs 390vta la demandada cuestiona no la procedencia del daño moral sino la entidad con la que fue considerado en la instancia anterior. Los argumentos no escapan a la generalidad que abarca el concepto. De cualquier manera es deber de esta Alzada expedirnos al respecto y fallar en consideración a las particularidades del caso concreto. Señalaba el doctor Jorge J. Llambias, que "el daño moral es una lesión en los sentimientos, por el sufrimiento o dolor que padece la persona, que no es susceptible de apreciación pecuniaria" (Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, Tomo I., pág. 329, párrafo N° 256); con el doctor Jorge Bustamante Alsina, por su parte, que "Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, lo cual es imposible, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo (...) Nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia y la intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o de la decepción" (Teoría General de la Responsabilidad Civil, 8° edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 244; el mismo autor en su comentario al fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 29-9-92, in re "Fernández, Ana M. y otros c/Domecq, S. A. y otros", Cuestiones de responsabilidad civil que suscita el acto ilícito homicidio, LL, 1993-A:347), y "en cuanto a la cuantía del daño, conviene puntualizar que si el perjuicio no es mensurable por su propia naturaleza, no se puede establecer por equivalencia su valuación dineraria. Se debe recurrir en tal caso a pautas relativas según criterio de razonabilidad que intente acercar la valuación equitativamente a la realidad del perjuicio" (Equitativa valuación del daño no mensurable, LL, 1990 -A:654).

Como ha decidido la jurisprudencia ?La indemnización por daño moral comprende las molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes que, en el supuesto de lesiones, se configura por el conjunto de padecimientos físicos y espirituales derivados del hecho, y que tiene por objeto reparar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos? (SCBA Ac 54767 S 2/7/95, Juez San Martín (SD). Autos ?Alonso de Sella Patricia y Otro c/ Dellepiane Angel s/ Daños y perjuicios?, en DJBA 149, 161 AyS 1995 III, 15 ; SCBA 52258 S 2/8/94, autos Gómez Aurelio y otros c/ Agri Antonio s/daños y perjuicios? Juez Vivanco (SD), DJBA 147, 177, AyS 1994, 208, ED 160, 403). En síntesis, podemos afirmar que el instituto del daño moral se aplica cuando se lesionan afecciones legítimas de una persona o cuando se ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos o que hayan perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de vida. El daño no está encaminado a sancionar al autor del hecho, sino a reparar los padecimientos físicos y morales que debió soportar el damnificado como secuencia del mismo, procurándole una especie de satisfacción o compensación. No es fácil traducir en una suma de dinero la valoración del dolor, sufrimiento, molestia, angustia o temores que padece la víctima. Solo ella puede saber cuánto sufrió, pues están en juego no solo sus afecciones íntimas, sino sus vivencias personales. No existen unidades o patrones de medida para estimar pecuniariamente la reparación del daño que más que estrictamente moral, alcanza la esfera extrapatrimonial de la persona. Al otorgarse una indemnización por este concepto, no se está poniendo precio al dolor, sino que se trata de otorgar una compensación por un daño injustamente sufrido (Orgaz El Daño resarcible p.187). Y en este sentido, teniendo en cuenta lo expresado y a partir de estas premisas, sin perjuicio del carácter estimativo de la cuestión, pues se trata de un demérito que no es susceptible de ser apreciado cabalmente en dinero, en consideración a la edad del actora (42 años) al momento del hecho, los lesiones e incomodidades (ver informe pericial médico a fs 266 y sstes), padecidas, el monto resarcitorio fijado en la instancia de grado aparece elevado, excediendo las pretensiones estimadas por la propia damnificada al momento de presentar la demanda. Por esta razones entiendo prudente, razonable ajustar el reclamo al monto peticionado por la actora en el escrito de inicio (fs 28/29) modificando de esta manera lo decidido en la instancia anterior. Los agravios habrán de prosperar en este sentido (arg arts 1737, 1738, 1741er y ctes CCCN).

g) La imposición de las costas. Conforme lo resuelto al momento de tratar la procedencia de la "Franquicia", el agravio de abordamos está ligado inexorablemente al resultado de la misma. Consecuencia de ello, habiéndose admitido la franquicia invocada por la Citada en garantía y el monto de la misma, es indudable, por simple aplicación de la Cláusula 30 de la Condiciones generales de la Póliza, que incluye a los honorarios, costas e intereses, que la imposición de las costas contra Cencosud no podrá ejecutarse en este caso a la aseguradora. Liquidación. En consideración a lo decidido, la

demanda habrá de prosperar por las siguientes sumas y conceptos: a) Daño físico.....\$ 55.000 b) Daño psicológico.....\$ 90.000 c) Tratamiento Psicológico....\$ 48.000 d) Daño Moral.....\$ 40.000 e) Gastos.....\$ 4.000 Total.....\$ 237.000 s.e.u.o. Son Doscientos treinta y siete mil pesos Por los fundamentos expuestos, voto a la primera cuestión parcialmente por la afirmativa. A la misma cuestión y por idénticos fundamentos, el doctor Rodríguez vota también parcialmente por la afirmativa. A la segunda cuestión el doctor Pérez Catella dijo: Tal como ha sido votada la cuestión anterior corresponde confirmar parcialmente la sentencia recurrida en cuanto ha sido materia de agravio y consecuente con ello corresponde: desestimar el pedido de deserción del recurso solicitado por la parte actora; admitir la franquicia invocada por la parte Citada en garantía en los términos que impone la ley 17.418 y la Cláusula 30 de las Condiciones Generales de la Póliza; Reducir a la suma de Cuarenta mil pesos (\$ 40.000) el resarcimiento del daño moral; Reducir a la suma de Cuatro mil pesos (\$ 4.000) el resarcimiento por el concepto gastos, confirmándose en todo lo demás lo decidido. Las costas en la Alzada deberán imponerse a la parte demandada vencida (art. 68 del CPCC), debiendo diferirse la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para el momento procesal oportuno (art 51 Ley 8904/77). Así lo voto. A la misma cuestión y por iguales fundamentos, el doctor Rodríguez, vota en el mismo sentido. Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictándose la siguiente SENTENCIA AUTOS Y VISTOS: Atento el resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, este Tribunal RESUELVE: 1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y Citada en garantía, contra el decisorio de fs 349/363 en todo lo que fue materia de agravio. 2) Desestimar el pedido de deserción del recurso solicitado por la parte actora; 3) Confirmar parcialmente la sentencia recurrida y modificarla: a) admitiendo la franquicia invocada por la parte Citada en garantía en los términos que impone la ley 17.418 y la Cláusula 30 de las Condiciones Generales de la Póliza; b) Reduciendo a la suma de Cuarenta mil pesos (\$ 40.000) el resarcimiento del daño moral; c) Reduciendo a la suma de Cuatro mil pesos (\$ 4.000) el resarcimiento por el concepto gastos y confirmando en todo lo demás lo decidido. 4) Imponer las costas en la Alzada a la parte demandada vencida (art. 68 del CPCC); 5) Diferir la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (art. 51 del Decreto Ley 8904/1977); 6) Regístrese. Notifíquese (art. 135 inc. 12 del CPCC. Oportunamente devuélvase.

033693E