

Danos Y Perjuicios Danos Al Consumidor Actividad Deportiva

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Daños al consumidor. Actividad deportiva

Se modifica la sentencia de primera instancia que hizo lugar al reclamo por los daños y perjuicios sufridos por la actora en un gimnasio, incrementando el monto indemnizatorio del daño patrimonial, el daño moral y la tasa de interés aplicable. Asimismo, se confirma en todo lo demás la sentencia de grado.

En la Ciudad de Azul, a los 16 días del mes de Abril de 2019 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Yamila Carrasco, Lucrecia Inés Comparato y Esteban Louge Emiliozzi, para dictar sentencia en los autos caratulados: "CHAVEZ MACARENA C/ CARREIRO MARIA EUGENIA Y OTRO/A S/DAÑOS Y PERJUICIOS EXTRA CONTRACTUAL (EXC. AUTOM./ESTADO) ", (Causa N° 1-63831-2018), se procede a votar las cuestiones que seguidamente se enunciarán en el orden establecido en el sorteo oportunamente realizado (arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C.), a saber: Doctores COMPARATO-CARRASCO-LOUGE EMILIOZZI.- Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: -CUESTIONES- 1ra.- ¿Corresponde declarar la deserción del recurso interpuesto a fs. 289? 2da.- ¿Es justa la sentencia de fs.271/286? 3ra.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? -VOTACION- A LA PRIMERA CUESTION: la Señora Jueza Doctora COMPARATO dijo: La sentencia de primera instancia de fs. 271/286, es apelada a fs. 289 por la parte demandada Maria Eugenia Carreiro.- Es sabido que, interpuesto el recurso, el apelante debe fundarlo dentro de los diez o cinco días según se tratare de juicio ordinario o sumario, de quedar notificado de la providencia que llama a expresar agravios (art. 254 del CPCC). En el caso, la apelante de fs. 289 no expresó agravios dentro del término de ley (ver informe de fs. 331) por lo que propongo al acuerdo declarar la deserción del recurso prevista por el art. 261 del CPCC para tales supuestos. Así lo voto Los Sres. Jueces Dra. CARRASCO y Dr. LOUGE EMILIOZZI, adhirieron por los mismos fundamentos al voto precedente.- A LA SEGUNDA CUESTION: la Sra. jueza Dra. COMPARATO dijo: I.a) Que inicia demanda MACARENA CHAVEZ por daños y perjuicios contra la Sra. María Eugenia Carreiro, en su carácter de titular de la explotación comercial del gimnasio que al momento del accidente giraba con el nombre de fantasía "MASTER GYM" ubicado en calle San Martín n° 1.176 de la ciudad de Tandil, por el monto de pesos setecientos mil (\$ 700.000.-) y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba, con más intereses, costos y costas. Solicita que en los términos del art. 118 de la ley 17.418 se cite en garantía a la "Cía de Seguros La Mercantil Andina S.A.", por ser la aseguradora de la demandada al momento del siniestro. En cuanto a los hechos dice que el día 6 de mayo del año 2015, siendo aproximadamente las 19:00 horas se encontraba realizando ejercicios en el mencionado gimnasio, trabajando los músculos de cintura con un sistema de ejercicio compuesto por una soga elástica donde el cual uno de los extremos se fija a la pared con un tirafondo con tarugo y el otro extremo es tomado por el ejecutante y se realizan giros de torso para trabajar los mencionados músculos de cintura. En ese contexto y realizando dicho ejercicio el tarugo que fijaba la cuerda elástica anteriormente mencionada a la pared cedió en forma repentina desprendiéndose de forma abrupta y efectuando una especie de latigazo en el que golpeó su ojo izquierdo. Continúa relatando que recibió las primeras curaciones en el propio gimnasio por el personal del mismo, que luego concurrió a la clínica del ojo donde fue atendida por la Dra. Julieta Montaña, allí se le detectó una úlcera corneal casi total con pupila móvil retina plicada.- Que tuvo que concurrir en diversas oportunidades a las consultas médicas abonando en todos los casos las mismas por no poseer obra social.- Que luego de varias consultas le diagnosticaron "agujero macular?", le indicaron que el único tratamiento posible era intentar paliar los efectos del mismo mediante una cirugía de vitrectomía, la que estaba valuada en \$ 50.336, precio que no pudo afrontar hasta la actualidad (fs. 10 y 12).- Explica que la visión no se recuperó y las molestias del ojo izquierdo continuaron. Que al no poder costear la operación, se sumió en un estado depresivo, decidiendo realizar una segunda consulta en la ciudad de Mar del Plata.- Relata las consultas y estudios realizados en la Clínica Privada de Ojos de dicha ciudad.- Que allí se concluyó al igual que en Tandil, que la única posibilidad de intentar corregir la pérdida de visión era mediante una cirugía de vitrectomía que no pudo realizar por su elevado costo. Manifiesta que en la actualidad padece -producto del accidente- un agujero macular postraumático en su ojo izquierdo, que le acarrea una significativa disminución de la visión "a punto tal que dicho ojo se ha tornado "inservible", debiendo valerse por lo que puede percibir por su ojo derecho (fs. 32 vta., segundo párrafo). Que por su problema de visión perdió su trabajo de moza en el Café Golden de esta ciudad de Tandil, y que le ha generado un severo trastorno psicológico por no desaparecer la situación y encontrarse impedida de reinsertarse a un trabajo y/o actividad de tipo cuentapropista. Así las cosas, sostiene la responsabilidad contractual objetiva y de consumo de la demandada, por ser ésta la titular del gimnasio en el que ocurrió el accidente, como también, por resultar la accionada responsable en virtud del riesgo o vicio de las cosas que son de su propiedad y de la cuales se vale para prestar el servicio de gimnasio. Reclama los daños en un total de

\$ 700.000.- Solicita se condene a pagar intereses desde el momento del hecho ilícito, calculándolos en base a la tasa activa del Banco de la Provincia de Buenos Aires para operaciones de descuento a treinta días. Por último, ofrece prueba, funda en Derecho, denuncia inicio de Beneficio de Litigar sin gastos a su favor, y solicita se condene a la demandada con costas, haciéndose extensiva la condena a la citada en garantía. b) A fs. 78/85 se presenta el Dr. Norberto Raúl Moreira en el carácter de apoderado de la "COMPAÑÍA DE SEGUROS LA MERCANTIL ANDINA S.A.", y contesta la citación en garantía, solicitando el rechazo de la demanda con costas. Reconoce que en base a la póliza de seguro integral n° ...-Endoso 000000 la demandada se encontraba cubierta por responsabilidad civil emergente de su actividad. La citada en garantía recalca especialmente, que la póliza en cuestión, en sus Condiciones Particulares, fija un límite de cobertura de responsabilidad civil en \$ 75.000.-. Y en virtud de ello, dice prestar la garantía que se le solicita, con los alcances y límites que surgen de la Póliza (fs. 78 vta., punto III.- Límite). Luego de la negativa de estilo, argumenta que deberá aplicarse al caso la normativa del viejo Código Civil, y dentro de ésta la relativa a los supuestos de daños causados con las cosas. De ese modo, entiende, que a los fines de la eximición de responsabilidad de la demandada, le bastará acreditar que de su parte no hubo culpa ("es que claro está que no puede atribuirse a una soga elástica la calidad de cosa intrínsecamente peligrosa" (fs. 81 vta. primer párrafo)). En cuanto a los rubros indemnizatorios reclamados por la actora, la citada impugna su procedencia y cuantificación. Dice que la actora deberá probar no solo el porcentual de incapacidad alegada sino también el nexo causal con el obrar de la asegurada; que la actora no ha probado la pérdida de trabajo y por ende, el reclamo del lucro cesante implicaría una doble indemnización. Que en cuanto a los gastos médicos, sostiene que la actora tenía obra social al momento del hecho, y por ende, dicho rubro sería improcedente. Considera desmesurado y carente de fundamento el rubro de daño moral, y se opone a considerar autónomo al daño psicológico, por entenderlo subsumido en el daño patrimonial y/o moral (fs. 82 vta.). Rechaza la aplicación de la tasa activa del Bco. Pcia. Bs. As. para una eventual condena. Por último, ofrece prueba, funda en Derecho, hace reserva del caso federal, y solicita se rechace la demanda con costas. c.- Que a fs. 161 se tiene por no contestada la demanda por parte de la demandada Carreiro.- d.- Producida la prueba se dicta sentencia a fs. 271/286, haciendo lugar a la demanda y condenando a Maria Eugenia Carreiro a abonar a la actora la suma de \$367.530,04 con más intereses y costas.- Hace extensiva la condena a la Citada en Garantía Cia de Seguros La Mercantil Andina S.A. hasta el límite de su cobertura.- Impone costas a la parte demandada.- e.- A fs. 287 apela la sentencia la citada en garantía, a fs. 289 hace lo propio la demandada (respecto de quien se declara desierto conforme se tratara en la cuestión anterior) y a fs.293 la actora quien desiste del recurso conforme fs.330.- Elevados los autos, expresa agravios la citada en garantía los que son contestados por la actora.- A fs. 331 se llamó autos para sentencia, a fs. 333 se practica el sorteo de ley, por lo cual las actuaciones se encuentran en estado de resolver.- II) Que conforme quedara expuesto, la única apelante de la sentencia resulta la Citada en Garantía, en primer lugar se agravia en relación a la atribución de responsabilidad en forma exclusiva a la demandada, que siendo la soga elástica con la cual se causó supuestamente el daño una cosa inanimada debió justificar la actora el comportamiento o posición anormal de la cosa, toda vez que no es posible presumir su participación activa.- Que no se encuentra probado en autos cómo se produjeron los hechos más allá del relato de la actora, toda vez que en la sentencia de grado se considera probado con los informes expedidos por los médicos actuantes al momento del accidente, por la declaración de Agustín Yanibelli y las conclusiones del perito médico.- Que nada de ello prueba la mecánica del hecho, ya que todas las pruebas mencionadas se remiten a los dichos de la actora, ninguno presenció el hecho.- En cuanto al testigo Yanibelli, quien reconoce ser la actual pareja de la actora, su testimonio debe ser desestimado por encontrarse comprendido en las generales de la ley, y asimismo por no hallarse tampoco presente en el momento en que se produjo el supuesto hecho.- Se agravia asimismo de los montos indemnizatorios y solicita la aplicación del art. 110 de la ley de seguros, cuestiones sobre las cuales me explayaré una vez tratada la responsabilidad de la demandada y en su caso la obligación de reparar.- Comenzaré diciendo que ha quedado firme la normativa aplicable conforme la fecha de ocurrencia del hecho, y asimismo lo resuelto por el Sr. Juez de grado en cuanto enmarca la presente en una responsabilidad contractual de consumo conforme art. 1197 CC, art. 42 CN, arts. 5 y ssgtes. De la ley 24.240/26.361.- A fin de dar repuesta al primer agravio esgrimido por la citada en garantía en cuanto a la prueba de la ocurrencia del hecho conforme lo relata la actora, es lo cierto tal como lo señala el apelante que ni los médicos ni los testigos, fueron testigos (valga la redundancia) directos del hecho, sino que todos se refieren a los dichos de la actora.- En rigor de verdad los testigos que declararon en autos resultan ser el Sr. Yanibelli y el Sr. Oscar Anibal Michou.- El Sr. Michou tal como surge de su testimonio no presenció el hecho ni tampoco estuvo cerca del mismo, distinta es la situación del testigo Yanibelli respecto de quien volveré.- Así las cosas he de referirme a la cuestión atinente al testigo de ¿oídas? y su idoneidad para testimoniar.- Respecto del testigo de ¿oídas?, Hernando Devis Echandía ("Teoría General de la Prueba Judicial") nos ilustra sobre el objeto de estos testimonios "... es la percepción que ex auditu tuvo el testigo, es decir el hecho de la narración oída, y no el hecho narrado por esos terceros [...] uno de los principios generales de la prueba judicial es el de su originalidad, es decir, que en lo posible debe referirse directamente al hecho por probar, porque si apenas se refiere a hechos que a su vez sirven para establecer aquél, se

tratará de prueba de otra prueba, que no produce la misma convicción y encierra el riesgo de conducir a conclusiones equivocadas. Desde este punto de vista, los testimonios de oídas son poco recomendables, porque no cumplen aquel requisito fundamental de toda buena prueba; de tal modo que si existen testigos presenciales o que de otra manera hayan percibido el hecho por probar, se les debe oír directamente, en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato ..." (ob. cit., pág. 76; T. II, Tercera Edición; Víctor P. de Zavalía, Editor; Buenos Aires, 1976), (conf. SCBA Ac 88226 del 15/08/2007, S. J. A. c/M. A. A. s/Divorcio vincular).- En otro fallo de nuestro Superior Tribunal también se resolvió: "Dice Enrique M. Falcón citando a Palacio, respecto del testigo de referencia, que al no transmitir una percepción personal, queda comprometido el valor probatorio de su testimonio ("Tratado de la Prueba", t. 2, pág. 377).? En el mismo sentido refieren Falcone-Tapia ("La Prueba", "Jurisprudencia Argentina", 2001-III-1002), que se entiende por testigo de referencia a aquellas personas físicas distintas de los sujetos legitimados en un proceso, que transmiten un conocimiento relativo a un hecho al cual han accedido mediante la percepción sensorial de un tercero, verdadero testigo de lo acaecido. Es obvio que la eficacia probatoria de los dichos de estos "testigos de oídas" es sumamente restringida, desde que sólo acreditan haber escuchado un relato de boca ajena (arts. 384 y 456 del C.P.C.C.).? (SCBA Ac. 90.993 del 5/04/2006, "L. , R. contra C. , M. . Disolución de sociedad conyugal").- En ésta Sala nos hemos referido a los testigos de oídas en diferentes causas: ?un testigo de ? oídas ? cuya eficacia probatoria es sumamente restringida, máxime cuando proviene de alguna de las partes (esta Sala, causas n° 52.814, ? Mastoy ?, y citas; N° 55.193 ? Sucesores de Abdala Delia Nelly ?, 25.08.2011, n° 56.055 del 6/11/2012 ?Benigni...?).- Lo antes expuesto resulta plenamente aplicable al Sr. Michou quien declaró que se encontró con la actora días después de producido el hecho con el ojo tapado y que en esa oportunidad le comentó lo sucedido en el gimnasio, esto es que se había dañado el ojo al desprenderse el elástico con el tarugo de la pared.- El Sr. Yanibelli si bien no presencié el hecho sí se encontraba cerca (fuera del gimnasio) de modo tal que según sus dichos (conforme surge de la audiencia videograbada) al escuchar los gritos de la actora ingresa al local y puede ver que de la pared se había desprendido el elástico con el que se había dañado la actora, es decir no vio el hecho en sí pero pudo observar de modo directo otras circunstancias (esto es el desprendimiento del elástico desde la pared y a la actora con el ojo dañado).- El testigo Yanibelli, se trata de la actual pareja de la actora, lo cual implicaría que se encontraría comprendido en las generales de la ley (art. 439 del CPCC), de todos modos no resulta por ello desestimable sin más, sino que debe ser apreciadas sus declaraciones con un criterio sumamente restrictivo (esta Sala causas n° 56983, ?Barbato?, del 15/11/12; n° 54940, ?Arias? del 15/10/13; n° 58815, ?Fuentes? del 20/5/14; para los testigos excluidos que por inadvertencia prestaron declaración y causas n° 56640, ?Esperón? del 4/9/12; acumuladas n° 56539 y 56540 ?Pereyra? del 20/9/12; n° 57601, ?López Osornio? del 9/4/13 y n° 59684, ?Librizzi? del 6/8/15, entre otras).- Por otra parte, también el Sr. Yanibelli se encuentra comprendido dentro del espectro habitual de posibilidades de aquellos testigos que no presencian el accidente en sí más llegan al lugar del hecho instantes después de producido el accidente, que si bien tal vez no pueda describir cómo fue tal accidente, sí puede describir otras circunstancias relevantes, tales como el lugar en el que el mismo ocurrió, posición en que quedaron los elementos intervinientes en el hecho, etc. por lo que su declaración, tampoco ha de ser desestimable sin más, sino que debe ser apreciada con carácter restrictivo y teniendo en cuenta la mencionada particularidad (esta Sala, causa n° 57601, ?López Osornio? del 9/4/13, causa n° 60.274 del 19.06.2015 ?Jano...?).- Con las salvedades descriptas en los párrafos que anteceden, considero que la declaración de sendos testigos no deben ser descalificadas, puesto que -apreciados restrictivamente- se advierte que sus dichos encuentran sustento en otras circunstancias y pruebas de la causa.- Veamos.- Respecto de la producción del hecho (no de la mecánica), no ha manifestado la citada en garantías que al momento de ser notificada del siniestro conforme cláusula 17 (fs. 69 vta.) y teniendo el derecho de inspección e investigación negara la existencia del mismo y un caso de ?no seguro?.- Es que la cláusula 17 mencionada que se encuentra redactada conforme el art. 46 de la ley de seguros ?tiene su razón de ser en la necesidad que tiene el asegurador de tomar inmediato conocimiento de la ocurrencia de un siniestro con el objeto de verificar las circunstancias que lo rodean y determinar su verosimilitud, si se corresponde con la cobertura que ofrece su póliza, si fuera del caso tomar las medidas conservatorias necesarias para disminuir las consecuencias del daño, desbaratar eventuales fraudes, reunir las pruebas que resulten del caso? (López Saavedra, Domingo M., Ley de Seguros 17.418 -comentada-, Tomo I, pág. 273).- Por otra parte de la historia clínica (fs.18) surge que la actora tenía una lesión compatible con un hecho traumático, quedando asentado que al momento de la consulta la actora manifestó que se había accidentado en el gimnasio.- Los diversos estudios oculares y consultas médicas dan cuenta de la lesión, el perito médico actuante en autos dictamina en cuanto al diagnóstico: escotoma postraumático del ojo izquierdo (fs. 253), al contestar las impugnaciones menciona que la lesión que presenta la actora es compatible con un hecho traumático, y que ello surge también de la historia clínica adjuntada.- A ello debe sumarse el silencio de la demandada al no contestar la demanda (art. 354 inc. 1 cpcc), el cual debe valorarse en el marco de las pruebas producidas en autos.- Respecto del silencio frente al traslado de demanda, sabido es que, conforme lo tiene dicho la Corte local en un fallo citado por mi estimado colega Dr. Louge Emiliozzi en causa n° 60.274 ?Jano...? del 12.11.2015: ?... las reglas de los arts. 354 inc. 1 y 60 del Código Procesal Civil y

Comercial no imponen a la judicatura el deber de ceder automática o mecánicamente a las pretensiones del actor, sino que le otorga la "facultad" de tener por ciertos los hechos, pero esa atribución no es discrecional, ya que tiene por límite la eventual arbitrariedad en que pudiese incurrirse (Ac. 75.539, sent. del 30-V-2001; entre otras). La declaración de rebeldía sólo crea una presunción a favor del actor de la veracidad de los hechos lícitos y pertinentes que constan en la demanda, pero no tiene por sí el efecto de que la misma sea procedente (conf. arts. 354 inc. 1 y 60, C.P.C.C.; C. 90.315, sent. del 6-VI-2007; entre otras).- Así, la rebeldía de la contraria no exime al actor de evidenciar la justicia de su reclamo (C. 103.895, sent. del 16-XII-2009), aportando a la causa los elementos de convicción que justifiquen su legitimidad (L. 36.338, sent. del 25-X-1988). De esta forma, a tenor de lo dispuesto por el referido art. 60 del Código Procesal Civil y Comercial (si bien en autos cesó la rebeldía de la demandada igualmente se tuvo por no contestada la demanda), mediando rebeldía de una de las partes, la sentencia será pronunciada según el mérito de la causa y lo establecido en su art. 354 inc. 1 y, en caso de duda dicho estatus constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración (C. 101.536, sent. del 9-VI-2010) (SCBA, causa C. 118.232, ?Delgado...? del 8/4/15). Así las cosas, si bien la falta de contestación de la demanda no importa el mecánico reconocimiento de los hechos que se le atribuyen, es lo cierto que dicho silencio valorado conjuntamente con la prueba producida por la actora y que se analizara ut supra bajo el prisma de la sana crítica (art. 163 inc. 5 del cpcc), me llevan a la convicción que el hecho dañoso ocurrió y que el mismo lo fue dentro del gimnasio producto del desprendimiento del elástico que se encontraba amurado a la pared.- En otro orden es dable agregar respecto de la confesión ficta (art. 415 del CPCC), que disiento con lo resuelto por el Sr. Juez de grado, toda vez que la notificación de audiencia de absolución de posiciones a la demandada fue practicada en un domicilio erróneo, así a fs. 174 puede verse que se dirigió al domicilio ubicado en 11 de Septiembre 754, desconociendo quien allí vive a la demandada /fs. 174 vta.), toda vez que conforme surge de las restantes notificaciones de autos, el domicilio resulta ser 11 de Septiembre 751, de modo tal que no ha de tenérsela por confesa en los términos del art. 415 del Cpcc.- En cuanto a la responsabilidad que se atribuye a la demandada, el Sr. Juez de la instancia anterior (como ya lo dijera al inicio del presente), en cuestión que viene firme a la Alzada, destacó el deber de seguridad nacido de la relación contractual de consumo (art. 42 de la CN y art. 6 de la ley 24.240).- Así las cosas la presente acción queda enmarcada en la órbita de la responsabilidad contractual (art. 1197 del CC), atento el vínculo que ligaba a las partes (reitero en cuestión que ha venido firme) y asimismo en una relación de consumo, correspondiendo la aplicación del art. 42 de la CN, que impone un deber de seguridad con carácter objetivo, y de los arts. 5, 6, 40, 53 tercer párrafo y cctes. de la ley 24.240 ref. por ley 26.361.- Ello toda vez que no caben dudas que la relación que se establece entre la persona que explota un gimnasio y quien asiste al mismo en carácter de afiliado, resulta ser nada menos que un usuario involucrado en una típica relación de consumo (conf. Cam.Nac.Civil Sala B causa ?Boc Paula c/ Piatti Ignacio y ots. s/daños y perjuicios? del 28.12.2016 public. LL 2017C-279, cita on line AR/JUR/93783/2016).- En cuanto a la obligación tácita de seguridad que pesa sobre quien explota un gimnasio le impone garantizar la indemnidad de quienes hacen uso de las instalaciones, asimismo en virtud del carácter objetivo de la responsabilidad de quien explota un gimnasio por los daños sufridos por quienes, como la actora, asisten a él, el accionado, para repeler la acción intentada en su contra, tenía que haber acreditado alguna eximente que la libere de responsabilidad; concretamente, un quiebre en el nexo de causalidad necesario para la existencia de una obligación de responder. Ello es así, pues el factor objetivo de atribución solo provoca un desplazamiento de la carga de la prueba, a tal punto que, con su vigencia, acontece una presunción de responsabilidad del comprometido por ese deber (conf. Ghersi ?El derecho del consumo. La obligación de seguridad.La reparación de daños? publicado en El Derecho 271 del 7/03/2017, en la sección Jurisprudencia, comentario al fallo antes citado de la Cámara Nacional Civil Sala B).- En el mismo sentido la Cámara Nacional Civil Sala K resolvió: ?La obligación tácita de seguridad derivada de un vínculo contractual -en el caso, relativo a la prestación de servicios de gimnasio y spa- es una obligación de resultado razón por la cual, a la víctima le basta con probar el daño sufrido y la relación de causalidad, pero no tiene que acreditar la culpa del prestador del servicio, ello en virtud del fundamento objetivo de responsabilidad? (Cám. Nac. Civil Sala K causa ?Patiño Graciela c/ Colmegna S.A. s/ daños y perjuicios? del 26.03.2007 public. La Ley RCyS 2007, 932, cita on line AR/JUR/604/2007).- Por lo tanto, ante la existencia de una relación contractual de consumo, habiendo tenido por probado el hecho dañoso y su relación de causalidad, que la demandada no ha probado ningún eximente de responsabilidad, queda despejada la cuestión relacionada con el deber de reparar, de modo tal que propongo al acuerdo desestimar los agravios de la Citada en Garantía respecto de la responsabilidad atribuida a la Sra. Carreiro como titular del gimnasio. III) Atento lo antes propuesto corresponde analizar la cuestión atinente a los agravios esgrimidos respecto de los daños y sus montos.- Previo a adentrarme en el tratamiento específico de los agravios, he de decir que la apelante solicita la eximición prevista en el art. 110 de la ley de seguros, claramente ello resulta una cuestión que deberá plantear en la instancia de origen.- Asimismo la actora manifiesta que la citada en garantía no tiene interés en cuestionar los montos indemnizatorios toda vez que depositó la suma correspondiente al límite de cobertura, con más el proporcional por intereses y costas.- Claramente la citada en garantía se encuentra facultada para cuestionar los agravios, toda vez que más allá de haber realizado el depósito mencionado lo hizo

sin perjuicio del recurso de apelación interpuesto, no habiéndose ordenado liberar dicha suma a favor de la actora.- Continuando, ahora sí, con el análisis de los agravios, la apelante se desconforma con el porcentaje de incapacidad atribuido, manifiesta que según las tablas de incapacidades laborales de la LRT reconoce una incapacidad del 32% por igual patología, no habiendo brindado en su oportunidad explicaciones el perito al impugnarse la pericia.- Se agravia asimismo del monto otorgado por incapacidad, toda vez que se utilizó un promedio de las fórmulas Vuotto y Mendez sin tener en cuenta las circunstancias particulares de la actora.- Que en su caso las fórmulas no deben aplicarse automáticamente.- Que el Sr. Juez incrementa la incapacidad en un 10% teniendo en cuenta la pericia psicológica, sin meritar que allí se dijo que la actora presentaba un cuadro psíquico que obedece a un trauma complejo y que guarda un nexo concausal indirecto con los sucesos de autos.- Estima elevado el daño moral y solicita se aplique la doctrina emanada de las causas Nidera y Vera de la SCBA en relación a los intereses.- En primer lugar dable es aclarar que al fijar el monto respecto de la incapacidad física, el Sr. Juez no sumó un 10% por incapacidad psíquica, sino que meritó la incapacidad mencionada por la Perito Psicóloga a los fines de fijar el monto indemnizatorio, habiendo desinterpretado el apelante dicho pasaje.-

En cuanto a la aplicación de las fórmulas a los fines de fijar el monto indemnizatorio por incapacidad y los parámetros que han de tenerse en cuenta al fijarse el monto indemnizatorio, ésta Sala ha resuelto: "Respecto a la incapacidad sobreviniente, el tema fue abordado por la Corte Federal causas "Camargo...", del 21.05.02., J.A., 2003-II-279 y "Mosca...", del 06.03.2007, J.A. 2007-II-492, cons. 11; pautas allí sentadas, que fueron recogidas por esta Sala en las causas n° 52.544, "Echeverría...", del 29.04.09; n° 52.945, "Riglos...", del 13.05.09; n° 59.427, "Huici..." del 21.11.13; n° 58.624, "Quintana..." del 11.9.14, n° 59.076, "Kessler..." del 21.10.14, n° 59.466, "Fernández..." del 05.03.15; n° 63.124, "Talamonti" del 4/9/18, entre otras. Allí se decía: "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 física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más 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" y que "para evaluar el monto del resarcimiento por la disminución de las actividades físicas y psíquicas no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados en la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan ser útiles como pauta genérica de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en el ámbito de la vida laboral de la víctima y en su vida de relación". Esta pauta interpretativa para fijar los montos indemnizatorios por lesiones o incapacidad física o psíquica de carácter permanente, se mantiene aún después de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial que en su art. 1746 dispone que la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables y que se agote en el plazo que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Despejada la cuestión atinente a la utilización de fórmulas matemática me referiré al cuestionamiento del porcentaje de incapacidad atribuido en la pericia médica obrante en autos, es lo cierto que, el art. 474 del C.P.C.C. sienta pautas muy precisas disponiendo que: "La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en consideración la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se funden, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca." Al respecto, esta Sala tiene reiteradamente dicho que: "si bien es cierto que las normas procesales no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, no lo es menos que cuando el mismo comporta la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del perito -técnicamente ajena al hombre de derecho- para desvirtuarla es imprescindible traer elementos de juicio que le permitan fehacientemente concluir en el error o el inadecuado uso que en el caso el perito ha hecho de los conocimientos científicos de los que, por su profesión o título habilitante ha de suponerse dotado, ya que la sana crítica aconseja cuando no existe otra prueba de parejo tenor que lo desvirtúe, aceptar las conclusiones periciales (C.N.Civ., Sala F, 2/9/83; E.D., T.106, p.487; Palacio Lino E., "Derecho Procesal Civil", T.II, p. 720)" (causas n° 28.243, "Palermo" del 27.11.86.; n° 54.337 "El 34.899" del 22.12.10.; n° 54.908 "Vidaguren" del 07.07.11.; n° 55.358, "Strosio", del 01.12.11.; n° 55.573, "De Lorenzo" del 15.12.11; n° 60.274, "Jano..." del 12.11.15, n° 61.689, "Menon..." del 16.05.17; n° 61.398, "Risso", del 15/6/17, entre muchas otras). Conforme surge de lo antes dicho, el dictamen pericial puede no ser compartido por el juez, tal como ha quedado reflejado en distintos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (CSJN, causa M. 341.XXXVI "Migoya, Carlos Alberto c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Daños y Perjuicios?", del 20.12.11. y C. 105.191, "Sánchez, José Luis c/ Ramírez, Daniel s/ Daños y Perjuicios?", del 03.10.12., respectivamente, con sus citas). Conforme todo lo expuesto, teniendo en cuenta que el perito médico no brindó explicaciones respecto de la diferencia en el porcentaje de incapacidad apuntado por la citada en garantía (fs. 259/260), que la disminución en la visión conforme surge de la misma pericia puede ser corregida (entendiendo mediante la utilización de anteojos/lentes), dable es decir que la incapacidad no se

soluciona con el uso de los anteojos o lentes más sí puede menguarse las consecuencias de dicha incapacidad, que dicha incapacidad sí puede ser corregida mediante una cirugía de vitectomía, que conforme surge de la pericia psicológica la actora dejó su trabajo por la incomodidad que representaba la disminución visual, más no que ello fuera un impedimento a los fines de trabajar en lo que venía haciendo, de hecho conforme surge de fs. 142 la actora trabajó en el Golden Bar desde el 1/04/2015 al 30/06/2015 y luego desde el 24/07/2015 al 31/08/2015, esto es que continuó trabajando luego de ocurrido el hecho dañoso, el día 6/05/2015, que las fórmulas matemáticas tal como quedó plasmado han de utilizarse como pauta orientativa, adunando a todo ello el salario que percibía la actora (fs.141) y que asimismo ha tenido una afección psíquica mas allá de la concausalidad por traumas anteriores al hecho, estimo pertinente fijar el monto indemnizatorio por incapacidad psicofísica en la suma de \$ 150.000.- Finalmente, en lo que se refiere al daño moral, la Corte Nacional en la ya mencionada causa ?Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios?, del 6/3/07, dijo: ?...Que resulta procedente el reclamo de daño moral, detrimento que por su índole espiritual debe tenerse por configurado por la sola producción del evento dañoso, ya que se presume la lesión por la índole de la agresión padecida, la inevitable lesión de los sentimientos del demandante. A los fines de la fijación del quantum, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (Fallos: 316:2894; 321:1117; 325:1156; 326:820 y 847)?. Por su parte, la Suprema Corte provincial ha desarrollado la tesis de que el daño moral es ?todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra y como tal debe ser indemnizado? (S.C.B.A. L58812, 25/3/97, ?Obregón?, D.J.B.A. 152, 274-284; L65757, 23/2/2000, ?Villagrán?, D.J.B.A., 158, 85; L68063, 21/6/2000, ?Montovio?). Más explícitamente, ?el daño moral constituye toda modificación disvaliosa del espíritu, es su alteración no subsumible sólo en el dolor, ya que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación, que exceden lo que por el sentido amplio de dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona sobre el cual los demás no pueden avanzar; de manera que todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra configura un daño moral? (S.C.B.A. Ac. L55728, 19/9/95, ?Toledo?, A. y S. 1995 III,635; Ac. 53110, 20/9/94, ?Colman?, D.J.B.A. 147-299; J.A. 1995-III-183, A. y S. 1994-III-737), (esta Cámara, Sala II, causas n° 45.193, sent. del 25-2-03, ?Santillán?, voto del Dr. Galdós, y n° 45.685, sent. del 11-9-03, ?Colazo?, voto del Dr. Peralta Reyes; esta Sala, causas n° 51.028, ?Sarachu...?, del 20.09.07., n° 50.982, ?Saez...?, del 06.12.07., n° 52.167, ?Sánchez...?, del 15.04.09., n° 53.758, ?Rebollo...?, del 03.02.10, entre otras). Conceptualizado de esta manera, su admisibilidad -que no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenerse por demostrado por el sólo hecho de la acción antijurídica y su titularidad- conlleva a que su determinación se efectúe precisamente atendiendo a todos los padecimientos y aflicciones que las lesiones presumiblemente pudieron haber provocado en el estado anímico y en la vida de relación de la víctima (esta Sala, causas n° 50.427, ?Basso...?, del 12.04.07., n° 51.028, ?Sarachu...?, del 20.09.07., n° 50.982, ?Saez...?, del 06.12.07., n° 52.167, ?Sánchez...?, del 15.04.09, n° 53.758, ?Rebollo...?, del 03.02.10, entre otras). Recientemente la Corte Provincial -precisando este concepto-, sostuvo: ?... el daño moral debe ser determinado en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima, que resulta siempre anímicamente perjudicial. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etcétera, son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido (conf. Pizarro y Vallespinos, op. cit., p. 233). Al respecto, como parámetros computables, deberán estimarse las circunstancias del caso a fin de que se pueda desentrañar la incidencia que el daño produjo sobre la persona del damnificado. Entre tales circunstancias deberán estimarse -entre otros aspectos- la personalidad del damnificado (edad, sexo, condición social, su particular grado de sensibilidad); si el damnificado es directo o indirecto... la índole de las lesiones sufridas; la posible influencia del tiempo, como factor coadyuvante para agravar o mitigar el daño moral; ... la gravedad del padecimiento espiritual, la realidad económica del país al tiempo de dictarse sentencia...? (SCBA, C. 117.926, del 11/2/15; esta Sala causas n° 59.530, ?Montagna...? del 16/04/15; n° 59.648, ?Tagliani...? del 16/6/15 y n° 60.562, ?Ferrara...? del 23/3/16; n° 63.124, ?Talamonti? del 4/9/18, entre otras). Desde otra perspectiva, resulta procedente destacar que el último párrafo del nuevo art. 1741 del CCyCom. -cuya solución aludo al sólo efecto interpretativo, en tanto no resulta temporalmente aplicable al caso que nos ocupa-, refiriéndose a la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, dispone que el monto de las mismas debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas. En base a todo ello, y atendiendo particularmente al grado de sensibilidad de la actora que deriva de la patología psicológica preexistente al hecho (ver pericia psicológica que da cuenta de ello); la índole de la lesión sufrida; y la influencia del tiempo como factor coadyuvante para mitigar el daño moral, considero adecuado reducir el monto fijado por daño moral en la suma de \$ 60.000 (pesos sesenta mil).- En cuanto a la tasa de interés la apelante solicita se aplique el interés puro del 6% en virtud de haberse fijado montos actualizados.- Al respecto es dable decir que los únicos montos con parámetros actualizados fijados en la sentencia en crisis se refieren al tratamiento psicológico y al daño moral, en

consecuencia solo respecto de dichos rubros habrá de aplicarse la tasa del 6% anual, debiendo los restantes rubros por los que procedió la acción aplicarse la tasa fijada en la sentencia en crisis.- Así lo tiene dicho ésta Sala ?Teniendo en cuenta la incidencia jurídica y económica que la utilización -al momento de sentenciar- de valores actualizados de los bienes a indemnizar, posee respecto a la determinación de la tasa de interés, la SCBA en dos fallos recientes (causas C. 120.536, ?Vera? del 18/4/18 y C. 121.134, ?Nidera? del 3/5/18), modificó su criterio y, por consiguiente, la doctrina legal sentada a partir de las causas C. 101.774, "Ponce"; L. 94.446, "Ginossi" (sents. De 21-X-2009) y C. 119.176, "Cabrera" (sent. de 15-VI-2016) en relación a la tasa de interés aplicable y al momento de inicio de su cómputo. En los mencionados precedentes (?Vera? y ?Nidera?), nuestro Máximo Tribunal decía (voto del Dr. Soria al que adhirió la mayoría): ?... el cálculo del crédito a valores actuales, pese a no identificarse con las operaciones estrictamente indexatorias, se asemeja a ellas en cuanto evidencia una respuesta frente al impacto negativo de factores económicos notorios, como los derivados de las altas tasas de inflación experimentadas a partir de la pasada década, sobre todo al promediar su segunda mitad. Una etapa en la cual, en adición a lo ya señalado en orden a lo dispuesto en el art. 772 del Código Civil y Comercial la agregación de distintos antecedentes normativos ha venido a reconfigurar el panorama regulatorio en la materia, morigerando la estrictez del régimen previsto en los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 (ratificado por la ley 25.561, con sus reformas) a favor de una creciente flexibilidad, por cuya virtud se abren paso considerables excepciones expresas que consagran la inaplicabilidad de tales textos -preferentemente para grandes operaciones financieras (v.gr. leyes 26.313; 26.547, art. 4; 27.249; 27.271, art. 6 art. 5)- o bien se modulan sus alcances prohibitivos (v. dec. PEN 1.295/02, derogado por el dec. 691/16, cuyo considerando octavo alude al "aumento generalizado de los precios"; entre muchos otros textos).? ?En suma, cabe concluir que cuando sea pertinente el ajuste por índices o bien cuando se fije un quantum a valor actual, tal cual se ha decidido por la Cámara en la especie, en principio debe emplearse el denominado interés puro a fin de evitar distorsiones en el cálculo y determinación del crédito, como las que han motivado los agravios del recurrente.? ?Por consiguiente, propongo hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley articulado, revocando la sentencia de la Cámara de Apelación en cuanto a la tasa de interés que ordenó adicionar al capital de condena; y asumiendo competencia positiva (art. 289 inc. 2, CPCC) establecer que para el cálculo de los intereses deberá aplicarse la ya mentada alícuota del 6% anual, la que corresponderá ser impuesta al crédito indemnizatorio conforme el día a quo establecido en la sentencia, y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda (arts. 772 y 1.748, Cód. Civ. y Com.). De allí en más, resultará aplicable la tasa de interés establecida en las causas C. 101.774, "Ponce"; L. 94.446, "Ginossi" (sents. De 21-X-2009) y C. 119.176, "Cabrera" (sent. de 15-VI-2016)...?;(esta Sala causa n° 63.124, ?Talamonti? del 4/9/18 entre otras). Por lo tanto, como ya lo mencioné, a las sumas indemnizatorias correspondientes al daño moral y tratamiento psicológico, habrá de aplicarse la alícuota del 6% anual desde la fecha del hecho (06/05/2015) hasta el dictado de la sentencia de la instancia de origen, y desde allí en más y hasta su efectivo pago la tasa de interés fijada en el apartado SEXTO de la sentencia obrante a fs. 285vta./286. En relación a los restantes rubros se desestiman los agravios respecto a ésta cuestión toda vez que los montos tenidos en cuenta se refieren a valores históricos. IV.-Finalmente, corresponde señalar que a pesar de que la demandada Carreiro no ha atacado el decisorio de la anterior instancia (por deserción del recurso), igualmente corresponde hacerle extensiva la presente resolución, así lo tiene resuelto la SCBA al sostener: ?Corresponde extender lo decidido en esta instancia al codemandado que no recurrió el fallo de la Cámara, ya que la postura mayoritaria de esta Corte in re "Ocon", causa C. 96.831 fallada el 14 de abril de 2010, resolvió que cabía extender tal solución incluso en relación a la parte que no impugnó la parcela de la decisión objeto de análisis y revocatoria en esta vía extraordinaria? (SCBA, C 94859 S 9-12-2010 ?Yocco, Graciela Haydeé c/ Narváez, Hugo Pascual s/ Daños y perjuicios?; SCBA, C 101600 S 2-3-2011 ?P.,A. c/ B.,R. s/ Daños y perjuicios?; SCBA, C 97976 S 18-4-2011 ?Marchesini, Nilda María c/ Lencina, Víctor José y otros s/ Daños y perjuicios?; SCBA, C 100920 S 15-6-2011 ?Ojeda, Roxana Ester y otros c/ Suarez, Víctor Hugo y otros s/ Daños y perjuicios?, ésta Sala causas n° 55.397 ?Ortiz Adrian Rodolfo c/ Leunda...? del 20/10/2011; n° 56.562, "Granda, María Natalia y otro c/ Divitto, Sergio y otros s/ escrituración" del 1/11/12, entre otras).- En la misma dirección puntualmente sostiene también el Máximo Tribunal que tratándose de obligaciones in solidum, o más propiamente concurrentes, corresponde extender el mérito de lo decidido, a los codemandados no recurrentes (SCBA LP C 94421 S, ?Millara de Balbis, Lucía A. c/Salguero, Pascual y otros s/Daños y perjuicios? del 06/10/2010; SCBA LP C 107055 S, ?González, Juan C. y otra contra González, Sergio y otro. Daños y perjuicios? del 10/12/2014, entre otras; esta Sala, causa n° 60103, ?Vivas? del 22/10/15, entre otras). Así lo voto.- Los Señores Jueces Doctores CARRASCO y LOUGE EMILIOZZI, adhirieron al voto precedente por los mismos fundamentos.- A LA TERCERA CUESTION: La Señora Juez Doctora COMPARATO dijo: Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo: 1) Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto a fs. 289; 2) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 287; 3) Modificar la sentencia de fs. 271/286 reduciendo el monto de condena indemnizatorio en la suma de \$ 236.630,04, en virtud de modificarse la suma correspondiente al daño patrimonial (incapacidad) en la suma de \$ 150.000 y el daño moral en la suma de \$ 60.000; 4) Modificar la

tasa de interés respecto del daño moral y daños psicológicos (tratamiento) a los cuales se les aplicará desde el momento del hecho 06/05/2015 y hasta el 11/05/2018 el 6% anual, y desde allí y hasta su efectivo pago los intereses fijados en el apartado SEXTO de fs. 285 vta./286; 5) Confirmar en todo lo demás la sentencia obrante a fs. 271/286; 6) Las costas dealzada se fijan 70% a cargo de la citada en garantía y 30% a cargo de la actora (arts. 68 y 71 cpcc).- Difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 y 51 leyes 8904 y 14.967).- Así lo voto.- Los Señores Jueces Doctores CARRASCO y LOUGE EMILIOZZI, adhirieron al voto precedente por los mismos fundamentos.- Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente: -SENTENCIA- POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del CPCC, se RESUELVE:1)Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto a fs. 289; 2) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 287; 3) Modificar la sentencia de fs. 271/286 reduciendo el monto indemnizatorio en la suma de \$ 236.630,04, en virtud de modificarse la suma correspondiente al daño patrimonial (incapacidad) en la suma de \$ 150.000 y el daño moral en la suma de \$ 60.000; 4) Modificar la tasa de interés respecto del daño moral y daños psicológicos (tratamiento) a los cuales se les aplicará desde el momento del hecho 06/05/2015 y hasta el 11/05/2018 el 6% anual, y desde allí y hasta su efectivo pago los intereses fijados en el apartado SEXTO de fs. 285 vta./286; 5) Confirmar en todo lo demás la sentencia obrante a fs. 271/286; 6) Las costas de alzada se fijan 70% a cargo de la citada en garantía y 30% a cargo de la actora (arts. 68 y 71 CPCC).- Difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 leyes 8904 y 14.967).-Notifíquese y regístrese.-

040965E