

## Indemnizar a cliente que tropezó con una valla de s, en tanto incumplió con el deber de seguridad.

**Partes:** Mengui Marta Isabel c/ Inc. S.A. y otro s/ daños y perjuicios

**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

**Sala/Juzgado:** M

**Fecha:** 8-mar-2016

**Cita:** MJ-JU-M-98193-AR | MJJ98193 | MJJ98193

Supermercado debe indemnizar a cliente que tropezó con una valla de contención de changuitos, en tanto incumplió con el deber de seguridad, pues el demandado debió proveer mejor visualización para los que circulan por el sector. Cuadro de rubros indemnizatorios.

Sumario:

1.-Corresponde revocar la sentencia apelada y admitir la demanda incoada por la actora, pues la relación de consumo debe prevalecer en la resolución del caso, y ante el incumplimiento de la obligación de seguridad, al no haber ocurrido causa ajena que fracture el nexo causal, corresponde condenar al supermercado y a las aseguradoras a responder por las consecuencias dañosas derivadas del hecho de autos. (Conf. Art. 42 Ley de Defensa del Consumidor).

2.-Si la actora caminaba hacia el lugar de estacionamiento de carros del comercio (changuitos) con la intención de ingresar al comercio, quedó expuesta a una relación de consumo -lo que la doctrina ha denominado bystander, espectador o tercero próximo al producto o servicio- y en consecuencia, se encuentra legitimada para reclamar por los daños derivados de un servicio deficientemente prestado; a su vez, el deber de seguridad en cabeza de la demandada nació desde el ingreso de la actora al ámbito del establecimiento comercial dispuesta a comenzar las compras (negociación contractual).

3.-La carga de la prueba para determinar si medió una causal legalmente admitida como factor de exoneración -que en el caso se encuadró como un supuesto de culpa de la víctima- se encuentra en cabeza de la demandada. Por su parte, queda en cabeza del actor la demostración del contacto con la cosa productora del daño, toda vez que la relación de causalidad jurídica relevante es la que media entre el daño ocasionado y el antecedente que lo produce normalmente, conforme al curso natural y ordinario de las cosas. En consecuencia, si se demuestra esa relación de causalidad, corresponde hacer operativa la obligación de seguridad que recae sobre el proveedor respecto de los productos que ofrece y los servicios que presta.

4.-Toda vez que la actora no acreditó la calidad de propietaria del predio que le adjudicó al shopping codemandado, como así tampoco demostró que fuera propietaria o guardián del vallado de contención en el que cayó, corresponde desestimar la demanda a su respecto, con costas en el orden causado porque la actora se pudo creer con derecho (art. 68 CPCCN.).

5.-Tratándose de una deuda de valor, corresponde que los intereses se liquiden hasta la sentencia a la tasa del 8% anual y recién a partir de tal momento, regirá la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días, del Banco Nación Argentina, hasta el efectivo pago.

6.-Corresponde hacer lugar al pedido de la aseguradora y declarar la posibilidad de la franquicia -seguro de responsabilidad civil voluntario- al damnificado, y en consecuencia, extender la condena a la aseguradora citada en garantía en la medida del seguro contratado, pues el seguro garantiza la indemnidad del patrimonio del contratante, y no directamente, la satisfacción de las víctimas. (art. 118 de la Ley 17.418)

7.-No es dable trasladar a este caso, la solución de imposibilidad de la franquicia en la situación del transporte -seguro obligatorio con vista a proteger a terceros víctimas frente a los eventuales accidentes sufridos- donde el pacto entre las partes que disminuyera la cobertura violaría la disposición legal creando una apariencia de seguro cuando en realidad no existiría frente a determinados daños.

### **Fallo:**

En Buenos Aires, a los 8 días del mes de marzo del año dos mil dieciséis, hallándose reunidas las señoras juezes de la Sala "M" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Dras. Elisa M. Díaz de Vivar, María Isabel Benavente y Mabel De los Santos y Elisa M. Díaz de Vivar, a fin de pronunciarse en los autos "Mengui, Marta Isabel c/ INC S.A. y otro s/daños y perjuicios", expediente n°2.463/2013, la Dra. Díaz de Vivar dijo:

La sentencia dictada por el Dr. Juan Manuel Converset (h) rechazó la demanda promovida por Marta Isabel Menghi, por cobro de indemnización de daños contra INC S.A. (nombre de fantasía de Carrefour) y contra Alto Palermo S.A. (Shopping Soleil Factory)

I.- Dijo que el 21 de mayo de 2011, junto con Esther Massignari fue a hacer compras a Carrefour y al dirigirse a tomar un changuito, tropezó con la valla de contención que frena el desplazamiento de los carros, que se halla sujeta a unos 10 cm del suelo. Cayó al piso golpeándose en su cadera, no pudiendo levantarse por sus propios medios ni con la ayuda de su vecina, por lo que debió ser levantada por un agente de seguridad de la demandada. Luego, personal de enfermería de Carrefour le facilitó una silla de ruedas y le brindaron los primeros auxilios -dejándose constancia en el Libro de Guardia-, hasta el arribo de una ambulancia que la trasladó al hospital municipal de San Isidro, en donde le realizaron placas y constataron la fractura medial de cadera derecha.

Las codemandadas y sus aseguradoras han negado el hecho y sus consecuencias, en todo caso invocaron culpa de la víctima por su propia caída, ya que la cosa no estaba en situación de riesgo o vicio.

El señor Juez a quo dijo que la primera función del juez en el proceso, es la investigación de los hechos, para luego en la sentencia deducir el derecho que surja de ellos. La única manera de conocer aquéllos es a través de las afirmaciones de las partes y de la prueba que ellas produzcan para acreditarlos (conf.: Alsina, Hugo "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, 2ª ed., 1958, T. III, págs. 221/23). Prosiguió recordando que el juez es ajeno a esos hechos sobre los cuales debe pronunciarse, no puede basarse en simples manifestaciones de las partes sino que debe disponer de medios para verificar la exactitud de esas proposiciones, comprobar su verdad o falsedad para formar su convicción al respecto. "La carga de la prueba es un imperativo del propio interés de cada litigante, es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito" (conf. Couture Eduardo, Fundamentos del derecho Procesal, pág.242). Centrándose en la responsabilidad, refirió que el deudor de la prestación además de la obligación principal, asume lo que suele denominarse "deber de seguridad" o de "indemnidad", por el cual debe responder de los daños sufridos por la contraria en el lugar en que se formaliza o perfecciona la relación jurídica (local comercial, sala de espectáculo, estadio), cuando no haya adoptado las previsiones necesarias para evitar todo perjuicio en el curso del cumplimiento del acuerdo de voluntades. Enmarcó la cuestión debatida en autos, como la relación jurídica entre un particular, consumidor o usuario, y un centro comercial -la demandada-, la que además de proveer bienes y servicios, asume una obligación accesoria de seguridad frente a su cliente, que incluye el uso del local. La seguridad no sólo se refiere al consumo de bienes y servicios, sino que este derecho se extiende a quienes transitan -como en este caso- en un supermercado, concretándose la relación de consumo por el mero contacto social entre proveedor y consumidor o usuario, no siendo necesaria la existencia o subsistencia de un vínculo contractual, "el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor o quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. Sólo se liberará total o parcialmente si demuestra que la causa del daño le ha sido ajena", por lo que se estima que el factor de atribución de responsabilidad aplicable es el objetivo.

El sentenciante tuvo por acreditado el hecho a través de las declaraciones de la amiga y vecina Nélida Esther Massignani y del remisero Pedro Gauto que la dejó en el lugar, ambos testigos presenciales que se presentan como

insospechables de mendacidad (fs. 226 y 227). Agregando que a fs. 301/346 obra la contestación de oficio del Hospital Municipal de San Isidro acompañando la historia clínica de la reclamante de autos, en la que a fs. 302 surge que ingresó a dicho nosocomio por accidente el día que acaeciera el evento de autos (el 21/05/2011), a fs. 306 se reitera que la lesión obedeció a caída de su propia altura, y en el resto de las piezas se advierten las lesiones intervención quirúrgica y tratamientos que le fueron realizados a la accionante, tal como lo relata en la demanda.

Pero observó que el “arco de metal” con el que tropezara la actora estaba pintado color amarillo y negro, lo que fue corroborado por la testigo Massignani (conts. 3ª y fotografías de fs.39, 60 y 61). Concluyó entonces que el caño pintado permite su visualización al ser distinto del piso de color gris. Agregó que la actora dijo “realizar compras habitualmente” en el supermercado, lo cual hace suponer que la existencia y ubicación del arco de metal no fue un factor sorpresivo por conocer las instalaciones del lugar. A ello sumó que en horas de la tarde suficiente luz del día para concluir que la caída de la actora obedeció a su propio accionar y negligencia, es decir, por el hecho propio de la víctima; y ello no puede ser imputable a las demandadas, ya que para el dueño o guardián este hecho deviene en un caso fortuito no inherente al riesgo, razón por la cual exoneró a las accionadas de responsabilidad.

Apeló la actora y expresó agravios a fs.477 y sgtes., los que fueron contestados a fs. 498/ 500.

Menghi consideró que se ha rechazado la acción sin fundamento jurídico alguno, fundándose sólo en tres hechos: el color de pintura que resaltaba el soporte de metal, la habitualidad de concurrencia al lugar de la actora y la suficiente luz de día. No ha aplicado la ley de Defensa del Consumidor, generadora del deber de seguridad de custodiar y mantener en estado de indemnidad las cosas de las que se sirve. No ha habido prueba de descargo para lograr la exoneración por causa o culpa ajena, luego se agravió por la condena en costas, pidiendo que eventualmente sean aplicadas en el orden causado. Finalmente pidió la aplicación inmediata del art. 1094 que hace prevalecer la ley más favorable al consumidor.

II.- A mi juicio la relación de consumo debe prevalecer en la resolución del caso y ante el incumplimiento de la obligación de seguridad que se deriva de los arts. 42 de la Constitución Nacional y de la ley de Defensa del Consumidor, al no haber ocurrido causa ajena que fracture el nexo causal, corresponde admitir la demanda promovida y condenar a las codemandadas y aseguradoras a responder por las consecuencias dañosas derivadas del hecho de autos.

a) El art.1º de la referida ley, a partir de la reforma operada por la ley N° 26.361, prevé que. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya en el fallo “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros” sostuvo que la normativa de derecho del consumidor se aplica también a terceros no contratantes en tanto refirió que “la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Con la reforma de la ley 24.240, a partir de la sanción de la ley 26.361, amplió la incumbencia del derecho de consumo al asimilar al consumidor o usuario: a) a quien no es parte en una relación de consumo, pero “como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios”; b) a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo (arts. 1 y 3), lo que la doctrina ha denominado como “bystander”, figura del derecho norteamericano o sub consumidor (espectador o tercero próximo al producto o servicio).

La actora caminaba hacia el lugar de estacionamiento de los carros del comercio (changuitos) con la intención de ingresar al comercio. Se trataría de la figura del “bystander”, como legitimado para reclamar por los daños por productos elaborados o un servicio deficientemente prestado. El Dr. Lorenzetti entre otros refiere que la calificación de “terceros” dificulta la comprensión jurídica de la legitimación, que puede superarse si se redefine la cuestión estableciendo que la legitimación deviene del hecho jurídico de consumir y así busca definir la relación de consumo de modo que abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante, y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual o cuando es sometido a una práctica del mercado.

Siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del derecho del consumidor, debe comprender todas las situaciones posibles (Lorenzetti, Ricardo L. Consumidores. Ed. Rubinzal- Culzoni, año 2009, páginas 84 y sgtes., esp. página 98). Es decir que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales o bilaterales involucrados.

En el caso no cabe duda que el deber de seguridad ha nacido con el ingreso de la actora al ámbito del establecimiento comercial, dispuesta a comenzar las compras (negociación contractual).

Centrada la cuestión en la relación de causalidad, el art. 906 del Código Civil recepta la teoría de la causalidad adecuada: la causa de un resultado dañoso es una condición "sine qua non", vale decir aquella que entre todas las que concurren ha influido decisivamente en la dirección del resultado. No todas las condiciones necesarias para operarlo son equivalentes, sino de eficacia distinta, de modo que sólo cabría calificar como "causa" a la más eficaz o activa, dotada de la mayor fuerza productiva, al punto que la relación de causalidad jurídica relevante es la que media entre el daño ocasionado y el antecedente que lo produce normalmente, conforme al curso natural y ordinario de las cosas. (Sala A; Órgaz, El daño resarcible). No me ofrece duda que a través de la prueba testimonial ha quedado demostrado que la actora cayó en las circunstancias referidas, cuando era acreedora de la obligación de seguridad mencionada.

De ahí que la carga de la prueba para determinar si medió una causal legalmente admitida como factor de exoneración -que en el caso se encuadró como un supuesto de culpa de la víctima- quedó en cabeza de los demandados. Señalo que no se ofreció la declaración del personal de seguridad que prestaba servicios en el ámbito exterior aquel día y hora, por ejemplo, o los videos de seguridad (por el contrario dijo que se conservaban sólo por 24 horas). También se me ocurre pensar que en lugar de poner los caños de contención a 10

cm del suelo podría obtenerse el resultado buscado con mejor visualización para los que circulan por el sector, mediante de un vallado de mayor altura debidamente señalado (ver fotografía de fs. 61).

Lo anterior encaja desde el punto de vista procesal con la carga de la prueba. El claro precepto del art. 377 del C. Procesal, que en palabras de Couture en definitiva constituye un imperativo del propio interés del litigante, al coloca a cada parte en la necesidad de probar la existencia de cada hecho controvertido y que es el presupuesto de la norma que invoca como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Para finalmente concluir que quien no prueba los hechos pertinentes y de ello depende la suerte de la litis, pierde el pleito (conf. José V. Acosta; "Visión Jurisprudencial de la prueba civil", T° I, Editorial Rubinzal-Culzoni; pág. 129). b) Está fuera de discusión que una abrupta caída tiene virtualidad de producir un resultado dañoso en el individuo que la sufre y esto se determina de modo objetivo. Pero la cuestión consiste en establecer si el resultado dañoso probado por quien demanda, tiene su causa adecuada en el hecho al que se le atribuye aptitud generadora suficiente. Es decir vinculación adecuada entre un antecedente y un consecuente según ocurre por el curso natural y ordinario de las cosas. De hecho las lesiones en una persona de 70 años en ese momento -sufrió un traumatismo de miembro inferior derecho y fractura de cadera derecha- determinaron la necesidad de una operación quirúrgica por la fractura de cadera. Queda pues para el actor la demostración del contacto con la cosa productora del daño, toda vez que la relación de causalidad jurídica relevante es la que media entre el daño ocasionado y el antecedente que lo produce normalmente, conforme al curso natural y ordinario de las cosas (Orgaz A., "El daño resarcible", n°18, pág. 70; Llambías op. cit. T° I, pág. 372/74, n° 286 al 288, CNC, sala A, L. n° 200.871 del 21/10/96; J.A. T° 1990-IV, pág. 464/67). Si se demuestra esa relación de causalidad, entonces, pasa a ser operativa la obligación de seguridad que recae sobre el proveedor respecto de los productos que ofrece y los servicios que presta.

III.- La pretensión procesal para ser viable debe cumplir con los requisitos de admisibilidad (regidos normas formales) y de fundabilidad (debe juzgarse por normas de derecho material). La pretensión es admisible cuando posibilita un pronunciamiento sobre el fondo del asunto sometido a consideración del tribunal, es en cambio fundada cuando en razón de su contenido resulta apropiada para obtener una decisión favorable a quien la ha planteado.

Centrándonos en los requisitos intrínsecos que se vinculan con los sujetos se trata de la aptitud de quiénes deban figurar en cada proceso concreto, es decir de "partes legítimas" que se determina como legitimación para obrar. Es decir la que determina la coincidencia entre las partes que efectivamente actúan en el proceso y las que la ley habilita especialmente respecto de la materia sobre la que versa el proceso (activa o pasiva). La pretensión debe ser deducida por y frente aquél que la ley habilita especialmente como parte legítima, calidad que está dada por la titularidad activa o pasiva de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso. La ausencia de ella torna admisible la defensa de "falta de acción" (sine actione agit), que debe ser analizada al momento de la sentencia, con carácter previo a los requisitos de fundabilidad, pero nuestro ordenamiento no permite ser relevada de oficio A fs 120 Alto Palermo S.A., negó haber violado un deber de seguridad, se dueña de la cosa (arco de metal) y negó a su respecto cualquier relación de consumo, así negó la existencia de un factor de atribución a su respecto.

Recuerdo que la "legitimatio ad causam" es la demostración de la existencia de la calidad invocada y corresponde al actor demostrar su calidad de titular del derecho y la calidad de obligado del demandado. Si de la prueba no resulta la legitimación activa o pasiva, la sentencia rechazará la demanda porque la acción no corresponde contra el demandado. De ordinario la prueba de la pertenencia de la acción se confunde con la prueba de la pertenencia del derecho u obligación (conf. Palacio, L.: Derecho Procesal Civil, T.I, pág.404, n°59 y sgtes.; Alsina, Hugo: Tratado, t.I, pág.388 y sgtes; S.C: J.A. 1962-V-173). Siendo ello así, la calidad de propietaria del predio que se adjudicó a Alto Palermo no fue acreditada en autos (ver alegato fs. 444). Tampoco se demostró que fuera propietaria o guardián del vallado de contención en el que cayó la señora, por lo cual propondré al Acuerdo rechazar la demanda a su respecto, con costas en el orden causado porque la actora se puede creer con derecho 8ART. 68 DEL Cód. Procesal).

IV.- Sentado lo anterior, corresponde cuantificar el reclamo resarcitorio, sentando en primer lugar mi criterio frente a la aplicación de fórmulas o criterios propuestos en atención a lo dispuesto por el actual artículo 1746 del Cód. Civil y Comercial. a) No cabe duda que de lo que se trata es de fijar con justeza una indemnización "plena" (art. 1740), a favor de la víctima como consecuencia del daño sufrido. La objetivación de pautas para la fijación del quantum

indemnizatorio, ha buscado eliminar criterios discrecionales como factor exclusivo o enmascarados cálculos donde no se explicitan los presupuestos tomados en consideración. Se concluye pues que el sistema tiende al loable propósito de transparentar el procedimiento de cuantificación del daño, cuando el juzgador no ha señalado con claridad las circunstancias determinantes de su decisión, qué variables ha tomado en cuenta para llegar a las cifras por las que condena al culpable y las aseguradoras citadas en garantía (conf. Acciarri e Irigoyen Testa, en Trigo Represas Benavente Daños causados a las Personas, pág. 531).

Simultáneamente, también se ha tenido en cuenta estimar costos del resarcimiento en orden a las previsiones de integridad patrimonial de las compañías aseguradoras. El tema tiene dos enfoques, uno desde la óptica de la víctima que tiene que ser indemnizada en forma plena y otro el de dar previsibilidad y seguridad a los autores del daño respecto de las sumas indemnizatorias que deban afrontar.

Aun cuando se aceptara lisa y llanamente la aplicación del criterio tabulado, en cada caso habrá que explicitar cuál ha sido camino transitado para obtener el monto alcanzado, en orden a las distintas variables a considerar. Adviértase entonces, que cualquiera sea el estándar o método que se utilice necesariamente debe ser corregido o interpretado a través del prudente criterio judicial según las circunstancias particulares del caso. La disminución de la incolumidad personal se mensura no sólo con relación a la aptitud de obtener ingresos, sino en función de toda actividad valiosa materialmente que pueda desempeñarse en una vida normal. Es decir que la potencialidad productiva se puede prolongar más allá de la edad que arbitrariamente se pueda establecer y teniendo en cuenta por otra parte que los costos de la incapacidad se prolongan hasta la muerte. La valoración discrecional del juez, debe operar respecto de considerar la edad de la víctima para el cálculo, el estado de salud previo al hecho dañoso porque es una pauta que opera sobre la expectativa de vida, qué posibilidad real de actividad restante tiene el damnificado de alcanzar en el futuro, porque los ingresos del individuo no merman en igual relación con el porcentaje de incapacidad que se determine (ver Iribarne, Héctor: De los daños a la persona, Ediar, 1993, pág.513). Inclusive se hace preciso determinar qué tasa de interés aplicará.

En fin la relación con el ingreso-salario es un aspecto laboral y parcial que compone la capacidad genérica indemnizable. La determinación de las incapacidades de acuerdo al porcentaje en el que la lesión disminuye la capacidad total, factores de corrección, puntos por grado de incapacidad o el sistema actuarial, son procedimientos que se han ido proponiendo para dar una respuesta al interrogante de si es posible lograr una previsión de capital que cumpla el objetivo de asegurar una renta razonable que le permita a la víctima paliar la incapacidad resultante del daño sufrido.

Por ello concluyo que la norma prevé un sistema que debe ser adecuado a las circunstancias de cada caso en particular, porque la valoración judicial es la que determinará qué variables deben ser tomadas en cuenta para llegar con justicia al fin perseguido por la ley.

b) La actora reclamó por incapacidad física \$80.000, daño psicológico \$50.000 y por tratamiento 10.800, por daño moral \$20.000, daño estético \$30.000 y gastos varios \$3.000, o sea un total de \$193.800.

No hay mayores referencias respecto de sus habilidades, aspecto laborativo anterior y situación económica, más allá de lo que surge de lo que expresó a las peritos médica y psicóloga y la ausencia de un expediente de beneficio de litigar sin gastos. La perito médico presentó su informe a fs.394/5, refirió que la actora- nacida en 1941- jubilada, es soltera pero está en pareja, tiene tres hijos, mide 1,64 y pesa 94 kg (fs.394). La peritación psicológica consignó en la anamnesis, que tenía el proyecto de poner un geriátrico o de irse a España donde vive una de sus hijas y poner un negocio -lo que podría indicar cierta capacidad económica-, por lo cual con su limitación actual se siente frustrada (fs. 362).

Tuvo un reemplazo total en cadera que le dejó una cicatriz de 20 cm de longitud y las secuelas representan un 40% de limitación física, mientras que en lo psíquico se la encontró inhibida en su conducta, con miedos, depresión y ansiedad. Se evaluó su cuadro como trastorno adaptativo F43.20, con estado de ánimo depresivo que podrían provocar una incapacidad de hasta el 15%, recomendándose un tratamiento de dos años con dos sesiones semanales.

Recuerdo lo dicho en numerosas oportunidades que en lo que respecta a los daños personales, el bien jurídico tutelado es la integridad física y psíquica del damnificado. Se trata del derecho a la salud e integridad de la persona que posee rango constitucional y está reconocido por convenciones internacionales (art. 75 inc. 22 CN). En efecto, el centro es la persona en su esencia, en su condición de tal con el derecho de preservar su indemnidad en el goce



pleno de sus capacidades y aptitudes físicas, psíquicas o espirituales.

Nadie cuestiona que los daños son materiales o morales, que son los que existen en nuestro ordenamiento en sentido técnico-jurídico (arts. 519, 1068 y 1069; arts. 522 y 1078). No existe un tercer género, pero considero que al momento de establecer el monto indemnizatorio de los daños derivados -y en la medida en que quede en claro su verdadera naturaleza y conceptualización-, la discusión sobre la autonomía o no del daño psicológico, no es un tema central para resolver este aspecto de la cuestión. La existencia de un padecimiento psíquico, traumas, cuadros depresivos, miedos, en fin las consecuencias perturbadoras de la personalidad con matices patológicos, por otro lado van más allá del concepto de daño moral. Inclusive hay situaciones en que tales padecimientos no se proyectan



en la vida laboral; piénsese por ejemplo en las fobias que son trastornos de ansiedad que el individuo padece frente a determinadas situaciones y que le determinan un comportamiento evasivo. En este caso, sólo tiene afectado un aspecto de su personalidad que no necesariamente implica un compromiso en lo laboral o en su productividad. Si bien el daño moral sobreviene cuando se afecta la tranquilidad espiritual o la integridad psicofísica de la víctima de un ilícito, el daño psíquico no se produce en todos los casos. Es que el elemento tipificado del daño psíquico es la patología, y allí el claro el claro distingo entre uno y otro. Acerca del daño estético parte de la jurisprudencia tiene decidido que la lesión no constituye una categoría autónoma respecto de la clasificación del daño en patrimonial y moral, sino que posee -según los casos- proyecciones en una u otra esfera o en ambas la vez (conf. CFed, Civ. y Com. sala II y III, causas n° 7784 de mayo 8-1979; n° 8148 de diciembre 18-1979; n° 161 de noviembre 13-1980; 179 de noviembre 28-1980; n° 461 de junio 5-1981 etc.). Se sostiene que si bien incide principalmente en la psiquis de quien la padece, por lo que la indemnización procede a título de daño moral, puede también ocasionar detrimentos de carácter patrimonial, lo que hará procedente además, su indemnización a título de daño material. Bajo el aspecto de daño emergente, se computarán los gastos tendientes a su disminución, mejoramiento o eliminación. Si correspondiere como lucro cesante, se incluirá no sólo la disminución de ganancias ciertas originadas por la lesión estética, sino también la probable pérdida de ingresos originada en las mayores dificultades que tendrá que vencer una persona fea o deforme, para conseguir trabajo respecto de quien se exhibe indemne o simplemente normal. Sin necesidad de tratar el aspecto de la autonomía o no de este ítem, lo aceptaré incrementando prudencialmente la reparación del agravio moral por considerar dentro de aquella postura reseñada, sólo su repercusión en esta esfera. Pues bien teniendo en cuenta todos los elementos referidos e incorporados a la causa propondré a mis distinguidas colegas establecer en la suma de \$150.000 el daño psicofísico y en \$20.000 los gastos para tratamiento psicoterapéutico. Valorando las circunstancias reseñadas propondré la suma de \$50.000 por daño moral. Los gastos varios que se concretaron en concepto de traslados, medicamentos y aranceles en hospitales públicos, los propongo fijar en \$4.000 (art. 165 del Cód. procesal), o sea un total de \$224.000.

Tratándose de una deuda de valor los montos de los daños cuantificados en la sentencia quedan fijados en moneda actualizada, en consecuencia propondré que los intereses se liquiden hasta la sentencia a la tasa del 8% anual y recién a partir de tal momento regirá la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días, del Banco de la Nación Argentina, hasta el efectivo pago.

V.- ACE Seguros S.A, a fs. 78 vta. pidió que la eventual condena lo fuera en los términos del 118 de la ley 17.418. A fs. 87 se corrió traslado a la actora que contestó a fs. 140 desconociendo el límite y articulando la inoponibilidad de la franquicia sin mayores fundamentos más allá del efecto relativo de los contratos. Igual planteo hizo Zurich Argentina a Compañía de Seguros a fs. 169, el que fue contestado a fs.173.La ley de seguros 17.418 define al seguro de responsabilidad civil como aquel en el cual "El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad civil prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido" (art. 109 LS). De allí surge que todo el patrimonio del asegurado se ve resguardado en la medida del seguro frente a una eventual responsabilidad civil. De las disposiciones legales puede extraerse que la finalidad con que fue diseñado originalmente el seguro de daños, consiste en la protección del patrimonio del asegurado y también, aunque de manera indirecta, la protección de la víctima. Es el mismo asegurado quien voluntariamente acuerda con una compañía que se haga cargo de proteger su patrimonio frente a la eventual responsabilidad, contractual o extracontractual, en la que pueda incurrir en un plazo convenido, pactando las condiciones del contrato. En este contexto tiene cabida la franquicia, que como es sabido, consiste en una suma del daño asumida por el asegurado y no cubierta por el seguro. En la concepción clásica del seguro, siendo el principal interesado el asegurado, es razonable entender que la franquicia pactada sea oponible a los terceros damnificados. El seguro garantiza la indemnidad del patrimonio del contratante y no directamente la satisfacción de las víctimas. La situación del transporte en que la ley establece la contratación de un seguro de manera obligatoria, es diferente ya que en tal caso es dable entender que se le asigna una finalidad distinta a aquella puramente económica que puede encontrarse en un seguro de responsabilidad civil voluntario porque la finalidad ante todo, es la protección de terceros víctimas frente a los eventuales accidentes sufridos (Castro San Martino, Mario, Garrone, José A., "Ley de seguros", Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, Lexis N° 1604/001178). En ese contexto, el pacto entre las partes que disminuyera la cobertura violaría la disposición legal, creando una apariencia de seguro cuando en realidad no existiría frente a determinados daños. Por ello entiendo que no es dable trasladar la solución de la imposibilidad de la franquicia resuelta en el caso Obarrio, sino mantener el criterio de que las aseguradoras deben

responder en la medida del seguro.

VI.- Por todo lo expuesto, si mi voto fuese compartido por mis distinguidas colegas, propongo: 1.-Rechazar la demanda contra Alto Palermo S.A., con costas en el orden causado (art. 68 del Cód. Proc.).2.- Revocar la sentencia de grado y hacer lugar a la demanda condenando a la codemandada INC. S.A. a pagar a la actora la suma de \$224.000 con más sus intereses liquidados de la forma indicada en el considerando respectivo.3.- Hacer lugar al pedido de la aseguradora y declarar la oponibilidad de la franquicia al damnificado, correspondiendo extender la condena a la aseguradora citada en garantía en la medida del seguro contratad. 4.- Imponer las costas a la

vencida por el art. 68 C. Procesal y principio de la reparación plena. Las Dras. María Isabel Benavente y Mabel De los Santos adhieren por análogas consideraciones al voto precedente. Con lo que terminó el acto, firmando las señoras jueces por ante mí que doy fe. Fdo: Elisa M. Díaz de Vivar, María Isabel Benavente, Mabel De los Santos. Ante mí, María Laura Viani (Secretaria). Lo transcripto es copia fiel de su original que obra en el libro de la Sala. Conste.

MARIA LAURA VIANI

Buenos Aires, 8 de marzo de 2016.

Y Visto:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal Resuelve:

1.- Rechazar la demanda contra Alto Palermo S.A., con costas en el orden causado (art. 68 del Cód. Proc.). 2.- Revocar la sentencia de grado y hacer lugar a la demanda condenando a la codemandada INC. S.A. a pagar a la actora la suma de \$224.000 con más sus intereses liquidados de la forma indicada en el considerando respectivo. 3. - Hacer lugar al pedido de la aseguradora y declarar la posibilidad de la franquicia al damnificado, correspondiendo extender la condena a la aseguradora citada en garantía en la medida del seguro contratado. 4.- Imponer las costas a la vencida por el art. 68 C. Procesal y principio de la reparación plena. 5.- Diferir la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia, para una vez que se encuentren determinados los correspondientes a la instancia anterior (art. 14 del Arancel).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

ELISA M. DIAZ de VIVAR  
MARIA ISABEL BENAVENTE  
MABEL DE LOS SANTOS  
MARIA LAURA VIANI

**Fuente: Microjuris.com**