

Voces: DAÑOS Y PERJUICIOS - SUPERMERCADOS - RESPONSABILIDAD OBJETIVA - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Partes: Barbier Abel Oscar c/ Supermercado Libertad S.A. | daños y perjuicios

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza

Sala/Juzgado: Cuarta

Fecha: 6-jun-2012

Cita: MJ-JU-M-72924-AR | MJJ72924

Producto: MJ

Defensa del consumidor: responsabilidad del supermercado demandado por los daños sufridos por el actor a raíz de la caída sufrida al tropezar con un cerámico levantado en uno de los corredores.

Sumario:

1.-Corresponde condenar al supermercado demandado a resarcir los daños sufridos por el actor (luego fallecido durante el proceso) a raíz de la caída sufrida al tropezar con un cerámico levantado, pues el proveedor de productos y servicios debe velar por el desenvolvimiento regular de la circulación en los corredores del supermercado, lo que no es una obligación accesorio, extraña a la empresa, sino muy propia de la índole del servicio; ello, pues independientemente de que la responsabilidad sea contractual o extracontractual, de lo que no cabe duda es de que la relación entre el establecimiento y quien transita dentro del lugar es un usuario involucrado en una típica relación de consumo.

2.-El deber de custodia del accionado es lo suficientemente amplio como para abarcar en su contenido prestaciones tales como la vigilancia permanente, la remoción inmediata de obstáculos o elementos extraños, el control ininterrumpido de los mecanismos y toda otra medida que dentro del deber de custodia pueda haber a los efectos de resguardar la seguridad, la estructura y fluidez de la circulación.

3.-El principio in dubio pro consumidor no sólo se relaciona con la interpretación de la ley del contrato, sino que también tiene su implicancia respecto de la prueba de las cuestiones que se planteen en la relación de consumo; este principio reconoce la debilidad estructural y genética del consumidor contratante, que tiene un parangón con la del trabajador en su relación jurídica con el empleador, y que históricamente le valió la tutela de orden público que le dispensara el legislador mediante la Ley de Contrato de trabajo.

4.-Un análisis sistemático del ordenamiento de protección de los consumidores y usuarios permite establecer, como regla general, el carácter objetivo de la responsabilidad del proveedor en todos los casos regidos por ella; así, una interpretación ceñida al texto del art. 10 bis de ese cuerpo normativo,

extensible a los arts. 5 y 40 de la ley 24240, directamente o por vía analógica, permitiría concluir que la única eximente que puede invocar válidamente el proveedor es el caso fortuito o fuerza mayor, descartándose la posibilidad de invocar el hecho (o culpa) del tercero o de la víctima, en la medida en que no reúnan, a su vez, los caracteres del caso fortuito.

En la ciudad de Mendoza a seis del mes de junio de dos mil doce, reunidos en la Sala de Acuerdos de esta Excma. Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, los señores Jueces titulares, trajeron a deliberación para resolver en definitiva los autos N° 33.708/152.154, caratulados BARBIER, ABEL OSCAR C/SUPERMERCADO LIBERTAD S.A. P/D. Y P.", originarios del Décimo Primer Juzgado Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial, venido al Tribunal en virtud del recurso de apelación planteado a fojas 523 en contra de la sentencia de fojas 503/509.-

Practicado a fojas 560 el sorteo establecido por el Art. 140 del Código Procesal Civil, se determinó el siguiente orden de votación: Leiva, Ábalos y Sar Sar.

De conformidad con lo ordenado en el art. 160 de la Constitución Provincial, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN:

¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA?

SEGUNDA CUESTIÓN:

COSTAS.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL SR. JUEZ DE CÁMARA, DR. CLAUDIO F. LEIVA DIJO:

I.- Que a fojas 523 el Dr. Diego Carbonell, por Supermercado Libertad S.A., interpone recurso de apelación contra la sentencia de fojas 503/509 que hace lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios promovida por el Sr. Abel Omar Barbier en contra de Libertad S.A. y de la citada en garantía L?Unión de París Cía. Ar. De Seguros S.A., condenando a la parte demandada para que, en el plazo de diez días de firme la sentencia de primera instancia, abone a los herederos del actor, fallecido en el transcurso del proceso, la suma de \$ 18.000, con más los intereses legales, que deberán ser calculados por cada rubro conforme lo expuesto en los considerando y hasta el efectivo pago.

II.- Que en oportunidad de expresar agravios a fojas 550/554, el Dr. Diego Carbonell, por la demandada, se queja de que el juez de grado haya fundado su sentencia en lo referente a la responsabilidad de su mandante en una sola prueba (informe de atención médica de E.C.I.), y que la misma nada acredita en este sentido; agrega que ese informe no prueba el hecho y mucho menos la responsabilidad de la accionada; que no está probada la intervención activa de la cosa; respecto de la denuncia ante la Policía, alega que se trata de una declaración unilateral y subjetiva del actor y que la juez hace un esfuerzo por deducir del acta de inspección algún elemento para justificar el reclamo.

Señala que se ofreció como prueba un ticket de compra, que, sin perjuicio de que no tiene valor probatorio alguno, no acredita que el actor o su esposa hayan realizado esa supuesta compra, atento a que no es nominativo, por lo que ni siquiera se probó que el actor estuvo en el local de su mandante; que el ticket acompañado registra como hora 8.35, y la denuncia policial y la demanda indican que el accidente se habría producido a las 10,15 horas; a lo expuesto, agrega que la prueba testimonial, lejos

de corroborar, la versión del actor, resulta contradictoria entre los distintos testigos y con relación a los hechos expuestos en la demanda.

En subsidio, se queja de que la juez a quo tuvo por acreditados daños y una relación de causalidad inexistente; con relación al rubro incapacidad, indica que el actor padecía varias enfermedades y afecciones físicas que nada tenían que ver con el supuesto accidente que narra, que siguió trabajando en el mismo lugar, que no vio afectada su vida de relación y que falleció a los cuatro años del supuesto accidente, de lo que concluye que el monto otorgado es desproporcionado y que la incapacidad no podría superar la suma de \$ 1.200. Por último, se queja del rubro daño moral; señala que es necesario acreditar el hecho dañoso y la relación de causalidad; que aún teniendo en cuenta las afecciones y enfermedades que padecía el actor, de ninguna manera una supuesta caída sin mayores consecuencias podría causarle daño moral; alega que el fundamento del reclamo fue el dolor físico y espiritual del actor, lo que constituye un derecho personalísimo, que debe mensurarse cuando la indemnización la percibe un tercero ajeno al supuesto accidente; solicita, en definitiva, que se ajuste la indemnización y se reduzca de modo razonable.

III.- Que a fojas 555 la Cámara ordena correr traslado a la contraria de la expresión de agravios, por el plazo de ley (Art. 136 del C.P.C.), notificándose esta providencia a fojas 556.

La parte actora no contesta el traslado conferido.

IV.- Que a fojas 559 se llama autos para sentencia, practicándose a fojas 560 el correspondiente sorteo de la causa.

V.-Análisis de la responsabilidad del supermercado por la caída de los consumidores en sus instalaciones: El agravio de la demandada aquí apelante vinculado con la responsabilidad que le atribuyó la sentencia de primera instancia debe ser desestimado, por las consideraciones que paso a exponer:

a) Que el derecho del consumidor se ha desarrollado por la aplicación de normas protectorias que regulan situaciones de vulnerabilidad especial en una secuencia histórica verificable. Por esta razón es que hay muchas definiciones del término "consumidor": varían si se las examina según los estadios de la evolución de los niveles de producción, según las situaciones de vulnerabilidad que tratan de contemplar y conforme al contexto que provee el resto del sistema legal.

La ciencia consumerista transita por la singularidad asistemática, lo cual no es una calificación negativa, toda vez que ello obedece a situaciones históricas y al lógico modo de crecimiento de un área del Derecho. El Derecho del Consumidor es un subsistema protectorio, lo que no quiere decir que otros sujetos que no son consumidores no tengan acciones tuitivas, que existen en el Derecho Privado, como la buena fe, el abuso del derecho, la lesión y otras de amplio desarrollo. El consumidor es un sujeto de derechos: el fundamento de la disciplina es el principio protectorio constitucional aplicado a partir del acto de consumo, lo que da lugar a una relación jurídica de consumo. (Lorenzetti, Ricardo Luis, "Consumidores", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2.003, pág. 13 y sgtes.)

Ateniéndose, exclusivamente, a los hechos invocados en la demanda, se deriva la existencia de una relación de consumo, comprensiva del ámbito objetivo de aplicación de la protección normativa del consumidor, es decir, incluyendo, como ocurre en autos, la etapa precontractual; de conformidad con la obligación de seguridad asumida de acuerdo al principio de la buena fe (art. 1198, Código Civil) que sirve para interpretar e integrar la convención dentro de la tesis contractualista, el usuario debe llegar sano y salvo al punto de destino; la obligación de seguridad es de resultado y su incumplimiento lleva aparejada responsabilidad contractual objetiva (Bueres, Alberto J., "Responsabilidad contractual objetiva", JA, 1989-II-964).

b) Que aclaro que no comparto el encuadre normativo que formula la juez a quo en la sentencia apelada; en lo que aquí interesa estimo oportuno decir que el Código Civil Argentino estableció dos órbitas de responsabilidad, contractual y extracontractual, según el antecedente que genera el daño: incumplimiento de una obligación preexistente o violación del deber general de no dañar, respectivamente; esta dualidad del régimen de responsabilidad por daños ha sido puesto en crisis desde hace tiempo, a punto tal que los códigos más recientes y los proyectos de modificación al Derecho Privado en Argentina enfatizan claramente una fuerte tendencia a la unificación de régimen, partiendo del postulado de que, puesto el centro de atención en la víctima y el daño injustamente sufrido por ella, poco importa el antecedente que produce el perjuicio a los fines de establecer el régimen indemnizatorio.

Es en el ámbito del Derecho del consumo vigente, donde se ha puesto en crisis la división tradicional de órbitas de responsabilidad, atento a que el consumidor o usuario es protegido por la normativa del consumo más allá de la existencia de una obligación en sentido técnico - específico, preexistente que lo vincule a partir de una relación contractual con un proveedor de bienes o servicios.

La cuestión central es la determinación del ámbito de aplicación de la relación de consumo, según el art. 42 de la Constitución Nacional; precisamente, la relación de consumo abarca, desde una conceptualización amplia, no sólo la relación jurídica existente a partir de la celebración del contrato hasta su cumplimiento como modo normal de extinción del mismo; por el contrario, desde una interpretación amplia, la relación de consumo, definida por el art. 3 de la ley 24.240, según modificación de la ley 26.361, como aquella relación jurídica existente entre el consumidor y el proveedor, implica establecer una protección al consumidor, incluso en la etapa precontractual.

No obstante insistir en que no se comparte la mención al art. 1.113 del Código Civil que contiene la sentencia apelada, lo cierto es que, además, desarrolla el marco normativo aplicable al caso, fundando expresamente la decisión en las normas protectoras de la ley 24.240.

c) Que la ley 24.240 de defensa de los consumidores y usuarios establece un nuevo criterio general de derecho, que es el principio de protección al consumidor; a lo que se agrega que la reforma de 1994, otorgó jerarquía constitucional a la protección de los consumidores en el art. 42, al expresar que "los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno", lo que no sólo impone la sanción de normas infraconstitucionales con arreglo a sus postulados, sino que inclusive obliga a interpretar los preceptos existentes en armonía con el mismo, lo cual guía a los operadores jurídicos a rever interpretaciones clásicas que contradicen el standard tuitivo de los consumidores.

La ley 24.240 se ocupa no sólo de los intereses económicos del consumidor, sino también de la protección de su salud, de su integridad física y en general de su seguridad (arts. 5 y 6); la salud y la seguridad de las personas son valores absolutos, de modo que aunque no se hubiera dispuesto su protección en esas normas los consumidores y usuarios estarían protegidos en la misma medida por otras leyes dictadas sobre la materia.

La obligación impuesta al proveedor por el art. 5° tiende a la tutela preventiva de la salud y seguridad de los consumidores y usuarios mediante una normativa destinada a disminuir riesgos, pero en caso de producirse el daño surgirá el derecho a reclamar la indemnización pertinente recurriendo al art. 40 de la ley 24.240 y también a las normas de derecho común, sin perjuicio de aplicar al responsable las sanciones previstas en el capítulo XII de la ley.

El art. 5° no sólo se refiere a las cosas o servicios que utiliza el consumidor o usuario por sus propios

medios, ya que su enunciado es de carácter general, por cuanto dispone que "las cosas y servicios deben ser suministrador o prestados"; la interpretación que cabe hacer del art. 5 de la ley 24.240 debe ser amplia, abarcando todas las situaciones de las cuales, durante el desarrollo del contrato, se pueda derivar algún daño para el consumidor, porque la ley está imponiendo a la empresa la obligación de garantizar que, a raíz de su prestación, no sufrirán daño algo en bienes distintos de los que conforman el objeto contractual. Se trata, en definitiva, de un deber contractual de resultado, cuyo incumplimiento trae por ende aparejada responsabilidad objetiva. (Farina, Juan, "Defensa del consumidor y del usuario", Buenos Aires, Astrea, 2.004, pág. 179 y sgtes.)

d) Que el proveedor de productos y servicios debe velar por el desenvolvimiento regular de la circulación en los corredores del supermercado, lo que no es una obligación accesoria, extraña a la empresa, sino muy propia de la índole del servicio. El deber de custodia es lo suficientemente amplio como para abarcar en su contenido prestaciones tales como la vigilancia permanente, la remoción inmediata de obstáculos o elementos extraños, el control ininterrumpido de los mecanismos, y toda otra medida que dentro del deber de custodia pueda caber a los efectos de resguardar la seguridad, la estructura y fluidez de la circulación.

Independientemente de que la responsabilidad sea contractual o extracontractual, de lo que no cabe duda es de que la relación entre el supermercado y quien transita dentro del lugar es un usuario involucrado en una típica relación de consumo: el propio art.42 de la Constitución Nacional adopta esta expresión de "relación de consumo" para evitar circunscribirse a lo contractual y referirse con una visión más amplia a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios.

El particular que transita dentro de un supermercado es, en definitiva, un usuario que se ajusta a lo determinado por los arts. 1 y 2 de la ley 24.240; y la empresa es un típico proveedor de servicios. Al consumidor o usuario le son aplicables los principios "in dubio pro consumidor", el deber de información, de seguridad y demás pautas de la Constitución Nacional y los arts. 5, 6, y 40 de la ley 24.240.

En el orden nacional, la Sala F de la Cámara Nacional Civil ha dicho que "corresponde responsabilizar al supermercado por los daños sufridos por un usuario al utilizar una de las escaleras mecánicas del lugar, toda vez que el factor de atribución objetivo consagrado por el art. 1198 del Cód. Civil hace nacer un deber de seguridad accesorio, asumido de acuerdo al principio de buena fe, destinado a preservar la integridad de las personas que son parte del negocio jurídico", que "a los fines de exonerarse de responsabilidad por los daños sufridos por una persona mientras utilizaba la escalera mecánica de un supermercado, éste debe acreditar que el daño acaeció por el hecho de la víctima, por el hecho de un tercero por quien no debe responder, o bien por el casus genérico legislado en los arts. 513 y 514 del Cód. Civil" y que "el particular que transita dentro de un supermercado y utiliza la escalera mecánica para trasladarse de un piso a otro es en definitiva un usuario que se ajusta a lo determinado por los arts.1 y 2 de la ley 24.240, siéndole aplicable los principios "in dubio pro consumidor", el deber de información y demás pautas constitucionales". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 17/09/2003, "Torres, Erica F. c. Coto C.I.C.S.A. y otro", LA LEY 2004-A, 433, con nota de Osmar S.; Idoyaga, Matías Dominguez) y que "corresponde responsabilizar al propietario de un comercio por los daños y perjuicios sufridos por la actora a raíz de su caída en dicho lugar, pues, se encuentra acreditada la relación de causalidad entre el estado peligroso en que se encontraba el piso —en el caso, sector de frutería y verdulería de un hipermercado que estaba húmedo y con residuos vegetales—, y los daños físicos sufridos por aquella a raíz de la mencionada caída". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 07/04/2006, "Fabrizio, María del Rosario c. Supermercados Norte S.A. y otro", ED 220, 62); en cambio, se ha entendido que "corresponde rechazar la demanda por daños y perjuicios promovida contra un supermercado con motivo del accidente sufrido por la actora mientras se

encontraba dentro de las instalaciones de una sucursal, al caer al piso a causa de un trozo de tanza o hilo de nylon que estaba tirado en el piso, toda vez que no se encuentra probada la relación de causalidad entre la tanza o hilo y la caída de la actora". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 31/05/2004, "Perrero de Bezic, Vanda c. Supermercados Norte S.A.", RCyS 2004, 1098) y que "es acertado el criterio del juez de primera instancia, al desechar la valoración de la rebeldía del demandado y su falta de contestación de la acción de daños y perjuicios incoada en su contra -en el caso, por un cliente que aduce haber sufrido lesiones dentro del hipermercado que explota-, si ello se ajusta a lo prescripto por el art.60 del Cód. Procesal, habiéndose el magistrado pronunciado sobre el mérito de la causa, con repulsa a la presunción de veracidad del hecho meritado, en orden a la ausencia de demostración del "contacto" que sirvió de base al reclamo". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 16/05/2005, "Chavanneau, Roberto H. c. Supermercados COTO C.I.S.A.", LA LEY 13/07/2005, 12 - LA LEY 2005-D, 370)

Más recientemente, se ha resuelto que "corresponde responsabilizar a un hipermercado por los daños sufridos por un cliente que, cayó al intentar egresar de dichas instalaciones en virtud de que la silla de ruedas en la cual se trasladaba no pudo pasar a través de la guías de la puerta corrediza de salida, las cuales se encontraban por encima del nivel del piso, pues en toda relación jurídica entre un consumidor y un centro comercial éste asume un deber de seguridad objetivo frente a aquél, el cual incluye el uso del local" y que "el ingreso a un local comercial implica la configuración de un contrato entre el cliente y el responsable del mismo, que conlleva la prestación accesoria derivada de la actividad comercial de la que se desprende un deber de seguridad objetivo". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 06/03/2008, "Fernández, Alfredo Daniel c. Easy Cencosud S.A.", LA LEY 18/06/2008, 8, con nota de Federico M. Alvarez Larrondo - RCyS 2008-VI, 103)

En el orden provincial, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha resuelto que "es arbitraria la sentencia que liberó de responsabilidad al hipermercado y atribuyó el accidente a la culpa exclusiva de la víctima que ingresó equivocadamente al centro comercial por la puerta corrediza vidriada de egreso que se encontraba abierta, cuyo censor instalado del lado de adentro provocó el cierre de la puerta, la aprisionó y le ocasionó lesiones por la caída. En efecto, en el caso, no existe prueba concluyente de que el accidente se haya producido por la exclusiva actuación negligente de la víctima por las siguientes razones: a) la víctima no forzó la puerta para entrar, estaba abierta; b) existió insuficiente información pues no se advierte sobre el riesgo que implica ingresar por la puerta que no corresponde, los letreros son ineficaces para las personas que no pueden o no saben leer, por eso es indudable que las palabras de los carteles deben completarse con otros signos inequívocos (de allí que es irrazonable privar de toda importancia a la conducta ulterior de la demandada que con posterioridad al accidente mejoró el sistema de información y agregó flechas de color rojo que indican dirección); c) la insuficiencia del diseño, pues la carencia de reglamentos que impongan el doble sensor no exime al centro comercial de la seguridad que deben prestar las cosas a través de las cuales se establece la relación de consumo". (Expediente N° 72.871, "Bloise de Tucchi Cristina en J: Bloise de Tucchi Supermercados Makro S.A. Daños y perjuicios - Inconstitucionalidad", 26/07/2002, LS 310 - 058)

e) Un análisis sistemático del ordenamiento de protección de los consumidores y usuarios, permite establecer, como regla general, el carácter objetivo de la responsabilidad del proveedor en todos los casos regidos por ella; así, una interpretación ceñida al texto del art. 10 "bis" de ese cuerpo normativo, extensible a los arts.5 y 40 de la ley 24.240, directamente o por vía analógica, permitiría concluir que la única eximente que puede invocar válidamente el proveedor es el caso fortuito o fuerza mayor, descartándose la posibilidad de invocar el hecho (o culpa) del tercero o de la víctima, en la medida en que no reúnan, a su vez, los caracteres del caso fortuito.

No obstante el criterio restrictivo que impera en materia de eximentes de responsabilidad en casos de responsabilidad objetiva, cuando se trata de víctimas en situación de vulnerabilidad, se verifica una tendencia a exigir, para que proceda la exoneración, una culpa calificada del dañado, con un claro

propósito protectorio.

Vélez Sarsfield adoptó una concepción unitaria de la culpa y des-echó expresamente la teoría de la prestación de las culpas, aún cuando en algunas normas particulares del Código se encuentren resabios de la misma; no obstante, esa noción admite matices en su aplicación a los casos concretos, pues la diligencia exigible al sujeto obligado varía de acuerdo a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El empleo de un concepto unitario, aunque flexible, de culpa no impide, entonces, su diversa graduación de acuerdo a las circunstancias de cada situación concreta.

En el ámbito de las relaciones de consumo, el parámetro a tener en cuenta debe ser la conducta de un consumidor de la misma clase que la víctima, ubicado en la misma situación que ésta; así, sólo podrá predicarse culpa del consumidor si no adoptó, en el caso, las mínimas precauciones que estaba en condiciones de adoptar y le eran exigibles a un sujeto de esa clase particularmente vulnerable constituida por los consumidores y usuarios, aspecto que también destaca la sentencia en comentario. (LORENZETTI, Ricardo Luis, "Consumidores", op. cit., pág. 74; PICASSO, Sebastián, "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema", LA LEY 2008-C, 562, nota al fallo de la Corte de la Nación, del 04/22/2008, "Ledesma, María Leonor c. Metrovías S.A."; LEIVA, Claudio Fabricio, "Daños derivados de caídas en hiper-mercados: La obligación de seguridad en el ámbito de la relación de consumo", LLGran Cuyo 2009 (abril), 237)

f) Que, en el caso analizado, tengo para mí que la sentencia de grado debe ser confirmada en lo tocante a la responsabilidad civil del hipermercado accionado, toda vez que el hecho dañoso invocado en la demanda puede tenerse por acreditado, conforme a los principios que rigen la valoración de la prueba (Art. 207 del C.P.C.), junto al principio protectorio del consumidor (Art. 3 de la ley 24.240, modif. Por la ley 26.361).

En la demanda de fojas 29/35 el actor relató los siguientes hechos relevantes para fundar su pretensión resarcitoria: a) Que el día 07/06/2.003 a las 10,15 horas, Abel Oscar Barbier se encontraba en el interior del Hipermercado Libertad S.A. ubicado en calle Joaquín V.González y Cipolletti de Godoy Cruz, realizando sus compras habituales; b) que una vez realizadas las mismas, en el momento en que su esposa se dirigía hacia la caja a pagar, el actor se dirigió al local de Pago Fácil ubicado en el interior del mismo hipermercado, tropezó con una baldosa o cerámico levantado, como perteneciente a una cámara de registro, ubicada entre la galería comercial central y la línea de cajas registradoras de dicho establecimiento; c) Que debido a este tropiezo, el actor cayó bruscamente al piso, lesionándose gravemente en el rostro, rodillas, costillas, rotura de las prótesis dentales y de sus lentes; d) Una vez acaecido el hecho el actor fue trasladado por personal de la empresa a una sala de primeros auxilios, donde le tomaron todos sus datos personales y pasado un trato, encontrándose en estado de semiinconsciencia, fue trasladado al Hospital El Carmen por una unidad de E.C.I.; e) que atendido en este establecimiento asistencial, lo fueron a buscar los Sres. Edgardo Salas junto a Daniel Urquiza, quienes lo trasladaron nuevamente al hipermercado donde se encontraba su esposa; e) al día siguiente, el actor formula la denuncia correspondiente ante la Policía de Mendoza.

El ticket que en copia se agrega a fojas 1/2 da cuenta de que esa compra se efectuó a las 8,35 hs del día 07/06/2.003.

A fojas 21/22 se agregan copias de la denuncia y del acta de inspección ocular formulada por la Policía al día siguiente de ocurrido el hecho; de esta inspección, surge que en el lugar indicado por el Sr. Barbier, se encuentra una tapa de una cámara de registro, la que al momento de la inspección ocular se encuentra bien sellada, como así sobre ésta se encuentra un banco de madera, la que no sobresale, sino que se encuentra a la altura de los mosaicos.

A fojas 186/189 se agrega el informe del E.C.I., que da cuenta que el Sr.Barbier fue atendido en fecha

07/06/2.003 en Joaquín V. González N° 400, aproximadamente a las 11 horas de la mañana.

A fojas 179/180 declara el Sr. Gustavo Daniel Urquiza; responde a la segunda pregunta que el Sr. Barbier estaba haciendo compras en el supermercado tropieza con una baldosa que estaba sobresalida ya que había una boca de agua en ese lugar, y que se golpea con el carro; dice en la segunda ampliación, que tomó conocimiento del hecho porque le avisaron telefónicamente y como trabaja a un par de cuadras, se apersonó en el lugar; responde a la segunda repregunta que el Sr. Barbier estaba con el Sr. Salas; coincide en que fue atendido por E.C.I. y traslado al Hospital el Carmen (ver respuestas a la cuarta y quinta repregunta).

El testigo Edgardo Salas declara a fojas 181/182; expresa en su respuesta a la segunda pregunta, que había ido con el Sr. Barbier a hacer unas compras y había un baldosón levantado, tropieza y se cae de frente de boca, que allí llamaron al E.C.I. y fue trasladado al Hospital El Carmen. Niega que se encontrara la esposa en el momento del hecho (segunda ampliación); agrega en la primera repregunta que Daniel Urquiza llegó a ese lugar luego del hecho y también familiares y compañeros de trabajo; dice que Barbier no pudo realizar la compra (cuarta repregunta); que cuando lo vio ya estaba tirado en el piso (sexta repregunta); que creía que llevaba un carro en el momento del accidente (novena repregunta).

Por último, el testigo Martín Giraudo declara a fojas 200/201; responde a la segunda pregunta: que ese día estaba con su novia en el hiper Libertad y vio cuando ocurrió el accidente, que se tropezó con un cerámico que estaba allí, le llamaron a una ambulancia. Agrega en la respuesta a la segunda ampliación que se cayó cerca del RapiPago. Dice en la tercera ampliación que estaba el testigo, la esposa y otra gente que no conocía; preguntado por la hora del accidente, dice que ocurrió en la tarde (primera repregunta); no recuerda si el Sr. Barbier había hecho compras (tercera repregunta).

De la reseña formulada, advierto las contradicciones y las imprecisiones en que incurren los testigos; puntualmente, el actor dijo que iba con su esposa y que luego llegó el Sr. Urquiza y el Sr. Salas, versión que fuera corroborada por el testigo Giraudo; por el contrario, el testigo Salas dice que acompañó a hacer compras al Sr. Barbier, en lo que coincide el Sr. Urquiza.

Destaco, en este punto, que la Corte Federal ha advertido que "las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía --por sobre la interpretación de las normas procesales-- a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal". (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1996/08/20, "Baiadera, Víctor F.", LL 1996-E, 679; en fecha más reciente, fallo del 2001/02/06, "Galli de Mazzuchi, Luisa V. c. Correa, Miguel A. y otro", LL 2001-C, 959 - DJ, 2001-2-596); desde la perspectiva del Derecho del Consumidor, el criterio general de interpretación emergente de los arts. 3 y 37 de la ley 24.240; en la duda, debe estarse a la interpretación más favorable al consumidor; este principio, no sólo se refiere a la interpretación del derecho, sino también a los hechos y a la prueba rendida en el ámbito jurisdiccional, lo que reviste particular importancia en el presente caso.

El análisis de la Ley de Defensa del Consumidor entraña un principio lógico imprescindible: la ratio legis de la norma, la verdadera razón de ésta; se sabe que tiene un único fin o sentido: proteger al consumidor o usuario, trayendo a la relación de consumo una equiparación de fuerzas, la restauración del equilibrio contractual en tanto se entiende que el proveedor se encuentra en una posición más ventajosa frente al usuario en el marco de la relación jurídica que los comprende. Sin duda, la protección del usuario y consumidor conlleva la aplicación de uno de sus principios fundamentales: "in dubio pro consumidor"; el principio por el cual en caso de duda debe siempre estarse a la interpretación más favorable al consumidor o usuario, es un imperativo legal impuesto por la propia ley, que lo

expresa en un doble sentido: por un lado, exige que la interpretación de la ley sea siempre la más beneficiosa al consumidor o usuario, y por otra parte, establece un principio similar respecto de los contratos. Es decir, las dos fuentes legales de obligaciones en la relación de consumo, ley y contrato, deben ser aplicadas teniendo en miras el principio rector de la Ley de Defensa del Consumidor: la protección debida al sujeto débil de la relación, protección que debe primar ante la duda que pudiera surgir respecto de lo normado por ambas fuentes.

Asimismo, es de destacar que el principio aquí tratado no sólo se relaciona con la interpretación de la ley del contrato, sino que también tiene su implicancia respecto de la prueba de las cuestiones que se planteen en la relación de consumo. El principio "in dubio pro consumidor" reconoce la debilidad estructural y genética del consumidor contratante, que tiene un parangón con la del trabajador en su relación jurídica con el empleador, y que históricamente le valió la tutela de orden público que le dispensara el legislador mediante la Ley de Contrato de trabajo.

El legislador ha incluido en forma expresa esta cláusula en el art. 3 de la ley 24.240: "En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor"; de esta forma, la ley obliga a adoptar una postura que redunde en beneficio del consumidor o usuario, y así, ante la posibilidad de soluciones diversas, siempre deberá primar la más conveniente a los intereses de aquel. A ello se agrega que el art. 37 establece que "la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa." (BARREIRO, Karina, "El régimen de Defensa del consumidor en la actividad turística", Buenos Aires, LADEVI Ediciones, 2.008, pág. 43/45; PICASSO, VÁZQUEZ FERREYRA (Directores), "Ley de defensa de consumidor comentada y anotada", Buenos Aires, La Ley, 2.009, Tomo I, pág. 59/60; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "Derecho Procesal Constitucional. Protección constitucional del usuario y consumidor", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2.005, pág. 448 y sgtes.)

Tomando como punto de partida estos principios y más allá de las contradicciones que arriba se remarcan en torno a las declaraciones testimoniales, hay un hecho insoslayable que está probado y que es lo que permite fundar la responsabilidad: todos los testigos coinciden en que el actor tropezó con una baldosa o un cerámico cerca de una cámara de registro, independientemente de la circunstancia de que fuera acompañado por la esposa o por el Sr. Salas, que haya hecho las compras o que estuviera por hacerlas al momento del accidente, y que la supuesta compra se haya efectuado a las 8,35 horas y el accidente haya sido cerca de las 10 horas.

Debo insistir en que, como bien lo valora la juez de grado, el informe de E.C.I. que se agrega a fojas 186/189 da cuenta de la atención recibida por el actor Barbier en las instalaciones del supermercado accionado, en tanto que, de la inspección ocular practicada por la Policía a instancia del actor, no deja lugar a dudas de que en el lugar donde se cayó el reclamante, se había colocado un banco encima - sin desconocer que ellos configura, como lo dice el apelante, una declaración unilateral del denunciante -, de donde es dable extraer del conjunto de elementos de prueba, valorados conforme a la sana crítica racional (Art. 207 del C.P.C.), que el hecho fundante de la pretensión resarcitoria se encuentra acreditado, por lo que el agravio aquí tratado debe ser desestimado.

VI.- Tratamiento de los agravios referidos a los rubros indemnizatorios: Que Libertad S.A., demandada aquí recurrente, se queja de la relación de causalidad entre el supuesto accidente y los daños reclamados, como así también de la cuantificación de los mismos.

a) Una aclaración inicial: Que previo a ingresar al tratamiento de los agravios, considero conveniente aclarar que el Sr. Abel Oscar Barbier sufrió el accidente en fecha 07/06/2.003, en tanto que, en el transcurso del proceso, falleció, tal como surge de la declaratoria de herederos que, en copia, se agrega a fojas 159/160, de fecha 15/10/2.008; el fallecimiento se habría producido el día 28/09/2.007.

b) Reseña de los antecedentes relevantes para el tratamiento de los rubros y su procedencia y cuantificación: Según constancia del informe de E.C.I. de fojas 189, el Sr. Abel Barbier padeció traumatismo facial y craneoencefálico; se indica la afectación de la zona nasal y su traslado al Hospital El Carmen.

Conforme a la copia que se agrega a fojas 27 al ser examinado por División Sanidad Policial, se indica que el Sr. Barbier presenta hematoma en región costal izquierda, en rodilla izquierda con escoriación, hematoma en dorso de mano izquierda, refiere traumatismo en mano derecha, hematoma dipalpebral de ambos ojos, en región frontal izquierda y en región mano izquierda. Leve hemorragia subconjuntival de ojo izquierdo y excoriaciones en dorso de nariz. Presenta fractura de huesos propios de la nariz, sugiriéndose consulta neurológica y traumatológica; se estiman 30 días como tiempo probable de curación con 30 días de incapacidad laboral.

El Perito médico a fojas 441/443 indica que, dado que el actor ha fallecido, le resulta imposible determinar cuál fue la evolución de los traumatismos como consecuencia de la caída que experimentara; señala que surge como de mayor relevancia el traumatismo de cráneo (imposible determinar si existió síndrome post conmocional) y traumatismo de cara que le ocasionó rotura de los anteojos que portaba y rotura de la prótesis dental y fractura de los huesos propios de la nariz que requirió de una intervención quirúrgica para la reducción de la fractura, no exenta de peligros.

En lo que aquí interesa, dice que la incapacidad laboral evaluada de acuerdo al Baremo para el Fuero Civil de Altube y Rinaldi, que establece un porcentaje de incapacidad que oscila entre 0- 10 %, dependiendo de la existencia o ausencia de lesiones tales como perforación del tabique nasal, fractura del tabique, desplazamiento, obstrucción nasal, etc., imposibles de constatar en la actualidad; dictamina una incapacidad del 5 %.

La pericia es impugnada a fojas 448 por el aquí recurrente; el perito a fojas 451 contesta las observaciones indicadas, ratificando, en términos generales, lo expuesto a fojas 441/443.

c) Incapacidad sobreviniente: Que la juez de grado cuantificó la indemnización en la suma de \$ 10.000; de los antecedentes reseñados precedentemente, tengo para mí que el recurrente no acierta en su agravio vinculado con la relación de causalidad, toda vez que éste presupuesto de la responsabilidad se puede tener, en las condiciones indicadas, perfectamente acreditado. La incapacidad es la inhabilidad o impedimento, o bien la dificultad en algún grado para el ejercicio de funciones vitales; entraña la afectación negativa de facultades y aptitudes que gozaba la víctima antes del hecho, las cuales deben ser valoradas teniendo en cuenta sus condiciones personales; en este orden de ideas, el art. 2 de la ley 22.431 considera incapacitada "a toda persona que padezca una alteración funcional, permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral."

La incapacidad sobreviniente tiende a reparar la disminución que experimenta el damnificado, de una manera permanente o no, de sus aptitudes psicofísicas. Cuando se indemniza la incapacidad sobreviniente total o parcial, el bien jurídico protegido es el derecho a la salud y comprende tanto la capacidad productiva como la general. Abarca el atender todas las actividades del diario vivir, posibilidades de aseo, traslado, alimentación personal, continuar o concluir estudios, practicar deportes, oír música, bailar, etc. Es decir, que para fijar la indemnización por este rubro, hay que ajustarse a las particularidades de cada caso concreto.

La determinación de la incapacidad no debe hacerse sobre la base exclusiva de la disminución laboral de la víctima, la cual constituye un dato relevante a tener en cuenta, pero en modo alguno el único y en ciertos casos, ni siquiera el más importante. Es preciso, a tal fin, tener en cuenta múltiples aspectos

vitales que hacen a la persona humana integralmente considerada, con su multiforme actividad, no sólo en abstracto sino atendiendo a las condiciones personales de la víctima (sexo, edad, estado civil, profesión, salud y condición social, entre otras). (PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", Buenos Aires, Hammurabi, 2.008, Tomo 4, pág. 301 y sgtes.)

Ahora bien, como particularidad del presente caso, señalo y como ya lo adelantara, el Sr.Barbier falleció durante el proceso; en este sentido, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha dicho que "el daño por incapacidad supone que la víctima está viva; es "sucesivo y progresivo", por eso el Juez al momento de fallar, debe mirar hacia atrás y hacia adelante, calculando las sucesivas modificaciones del daño y las posibles consecuencias ulteriores. En el sublite, la víctima ha muerto durante el juicio. La muerte de la víctima implica que debe estimarse sólo el tiempo que ella sufrió realmente esa incapacidad; por eso, la proyección futura que normalmente los jueces atienden haciendo un cálculo sobre la vida útil en abstracto, enfrenta un hecho concreto, el límite temporal de la muerte sobrevenida, que es el que debe prevalecer"; en el mismo precedente, se afirmó: "Corresponde indemnizar la incapacidad sobreviniente de la actora contagiada de Sida en el hospital público, que falleció durante el juicio, en la suma de \$50.000. En el caso, la víctima era ama de casa, con un hijo pequeño a quien atendía, tareas para las cuales la integridad del cuerpo juega un rol importante. Para la determinación del valor el Tribunal consideró: que no puede afirmarse que la incapacidad haya sido sufrida durante ocho años (en una primera etapa la víctima fue portadora asintomática; hasta que la enfermedad se declaró no puede hablarse de incapacidad; incluso durante esa segunda etapa; la incapacidad no tuvo la misma intensidad, pues se trata de un mal progresivo); que la víctima no tenía tareas remuneradas; que el monto acordado al que se suma el que el marido recibirá por derecho propio, es similar a la que se paga en Francia (país en el que las víctimas de este tipo de daños reciben sus indemnizaciones en forma inmediata y no después de años de juicio, expuestas a la invocación de leyes de emergencia económica); que debe procurarse no afectar el presupuesto del hospital con indemnizaciones que superen los montos habituales, habida cuenta de la gratuidad de los servicios; que la cifra es compensatoria del grave y especial daño sufrido". (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, expte. N° 69.469, "Fiscalía de Estado en J° Camargo de Aguirre Camargo de Aguirre c/Obra Social de los Empleados Públicos p/Daños y Perjuicios s/Inc. Cas.", 12/12/2000, LS 298 - 452)

En el orden nacional, se ha resuelto que "para el caso de la muerte de la víctima durante el proceso, la mensura del daño económico derivado de su incapacidad no podrá extenderse a los lucros calculados presuntivamente en atención al resto de vida probable que tenía al ocurrir el hecho, sino circunscribiéndolos hasta el momento de la muerte, como realidad que ha enervado aquella probabilidad" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, "Villegas, Carlos Alberto c.Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación", 19/03/2007, La Ley Online; AR/JUR/12667/2007); que "dado que quien demandó por el reconocimiento de una indemnización de daños y perjuicios falleció durante el trámite del juicio, la sentencia sólo puede comprender el daño efectivamente sufrido por él hasta la fecha de su fallecimiento respecto de las partidas por incapacidad física y psíquica que poseen una nota de futuridad, ya que si bien su expectativa de vida era amplia a la fecha del evento dañoso, ésta quedó severa e inexorablemente limitada con la certeza de su muerte" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, "Mundo, Pedro Marcelo c. Palacios, Oscar Alberto y otros", 31/08/2007, LA LEY 04/10/2007, 7 - LLP 2007 (diciembre), 1493) y que "visto que los montos indemnizatorios reclamados en una acción de daños y perjuicios derivada de una mala praxis médica fueron formulados por los padres de un menor en representación de su hijo, y que el menor ha fallecido durante el transcurso del proceso, los daños reclamados han quedado acotados temporalmente al momento del fallecimiento del menor". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, "Pablo, Susana Beatriz c. Martín Reinas, Mauricio Antonio y otro", 02/10/2007, La Ley Online; AR/JUR/7957/2007)

Aclaro que el caso presenta la particularidad de que la víctima murió en el transcurso del proceso, lo

que dificultó la prueba concreta y exacta de la incapacidad que reclama; de las lesiones sufridas en la caída en el supermercado, es dable inferir las consecuencias que señala el perito en su informe de fojas 441/443; en este orden de ideas, no puede soslayarse que "al juez le es suficiente para llegar a la convicción de la existencia de la relación de causalidad la prueba de una probabilidad bastante cierta en tal sentido" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 1999/02/02, "F., J. c. Consultorios Médicos Bogotá y otros", LL 1999- C, 768); habiéndose precisado que "en materia de prueba de la relación de causalidad entre un determinado hecho y las consecuencias que el actor le imputa para fundamentar la solicitud de resarcimiento de los daños y perjuicios causados, el juzgador puede válidamente recurrir a las "pre-sunciones hominis", siempre que el demandante haya acreditado el acaecimiento del hecho y de las consecuencias ocurridas, además de las circunstancias de tiempo, lugar y modo que caracterizan a ambos." (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, 1998/06/25, "F., E. y otra c. S. M. F. y otros", LLLitoral, 1998-2, 783)

No descarto que, tal como lo señala el experto, la perforación del tabique nasal, fractura del tabique, desplazamiento, obstrucción nasal, etc., no pudieron ser constatadas por el fallecimiento de la víctima, pero no es menos cierto que ello determinó un mínimo porcentaje de incapacidad conforme a los fundamentos que él mismo brinda en su informe pericial, que, en el caso particular de autos, me inclino a respetar. A los fines de tener un dato objetivo para cuantificar la indemnización por incapacidad, aplicaré al presente caso de la fórmula matemática Las Heras-Requena; así, partiendo de la incapacidad del 5 %, estableciendo un salario mínimo de \$ 1.500 mensuales al caso de esta víctima de 63 años al momento del accidente, adicionándole una tasa anual del 6 %, y multiplicando el resultado por el coeficiente previsto respecto de los años computables de vida hasta la muerte del actor acaecida en fecha 28/9/2.007 (4 años de vida computables = 3,4650), se llega a un resultado igual a \$ 3.430,35 ($C = \text{grado de incapacidad } 5 \% (\text{salario mínimo } \$ 1.500 \times 12 \text{ meses} + 6\% = 19.800) \times 3,4650$).

Ese monto aproximativo debe ser ajustado a las circunstancias del caso, por lo que, atendiendo especialmente a la edad de la víctima, el carácter leve de las lesiones y las secuelas y fundamentalmente, la repercusión que dicha incapacidad pudo producir en su vida, se estima prudente reducir el monto indemnizatorio por este rubro a la suma de \$ 4.000, admitiéndose, entonces, el agravio de la demandada en este aspecto.

b) Daño moral: Se agravia el apelante del rubro daño moral; sostiene que no hay relación causal con el hecho y señala que no se han indicado en función de qué pautas se llega al monto de condena.

Acorde al texto primigenio del art. 1.078 del Código Civil, que conserva vigencia práctica por su valor doctrinario, dicho perjuicio consiste en el agravio moral que se ocasiona a la persona, "molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas."

Esta definición es amplia y permite abarcar diversas proyecciones del daño moral: a) Molestias en la seguridad personal: Los hechos que atentan contra la vida, salud o libertad de las víctimas generan por fuerza un daño moral, pues destruyen o menoscaban su personalidad; por ejemplo: secuestro, una amenaza, calumnia que genera el riesgo de imputación penal; b) Molestias en el goce de los bienes: los bienes económicos son necesarios para la subsistencia y el desenvolvimiento digno de la vida. También es factible que haya intereses espirituales vinculados a determinados bienes patrimoniales. En tales casos, el hecho lesivo ocasiona un daño moral con independencia del valor económico de esos objetos; c) Herida de las afecciones legítimas: Esta es una pauta genérica que engloba a los supuestos anteriores. La noción de afecciones se vincula con los sentimientos de la víctima y, por extensión, con toda alteración anímica en su intelecto o en su voluntad. Las afecciones deben ser legítimas en el sentido de razonables, no es necesario un reconocimiento legal. Desde esta perspectiva, se entiende al daño moral más allá de la órbita sensitiva, como un desmejoramiento espiritual o de la personalidad y aunque no haya dolor. Las formas más frecuentes de daño moral residen en el dolor, la angustia, la tristeza, etc. Por ello, la noción de daño moral ha sido muy subjetivada y emparentada con los sufrimientos síquicos.

Dicho perjuicio sería la contrapartida de la felicidad, como estado de bienestar espiritual que gozaba la víctima antes del hecho. Pero es evidente que la dimensión espiritual de la persona no se reduce a su sensibilidad, sino que comprende la existencia intelectual y volitiva, tanto en la soledad como en las relaciones con los demás. (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del Derecho de Daños", Buenos Aires, Hammurabi, Tomo 4, 1.999, pág. 178 y sgtes.)

Como se sabe, la fijación de sumas indemnizatorias en concepto de daño moral no está sujeta a reglas fijas; su reconocimiento y cuantía depende del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión. (Art. 90 inc.7º del C.P.C.).

En autos, la suma otorgada por la juez a quo debe mantenerse; la índole de las lesiones sufridas por el Sr. Barbier, que se necesitó una intervención quirúrgica para el tratamiento de la fractura de huesos propios de la nariz, y la incidencia que especialmente pudo tener en una persona de edad como ocurre en el caso, da cuenta de que el daño moral existió, pudiendo estimarse, desde un parámetro de razonabilidad, en la suma que fuera otorgada por la juez a quo (\$ 7.000), por lo que el presente agravio debe ser desestimado.

VII.- En consecuencia, corresponde admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandada Libertad S.A. a fojas 523, debiendo modificarse la sentencia de fojas 503/509, el monto, correspondiente a incapacidad sobreviniente (se reduce de \$ 10.000 a \$ 4.000), quedando una condena por la suma de \$ 12.000.

ASÍ VOTO.

Sobre la primera cuestión, las Dras. MIRTA SAR SAR y MARÍA SILVINA ÁBALOS adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.-

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL SR. JUEZ DE CÁMARA, DR. CLAUDIO F. LEIVA DIJO:

Como lo ha sostenido la Corte Provincial, en materia de daños y perjuicios, la determinación del monto en materia de indemnización, conforma una facultad discrecional del Tribunal de sentencia, de modo que no procede dividir la condena a los efectos causídicos ni a otros, en la parte que prospera y en la que se rechaza lo demandado, salvo situaciones de evidente irrazonabilidad en la petición o ante el rechazo de algún rubro por su cualidad. Por tales razones, en los procesos por indemnización de daños y perjuicios, cuando el reclamante ha sujetado el monto del resarcimiento a los resultados de las probanzas efectivas, dejando en última instancia la estimación del daño librada a la prudencia y discrecionalidad del juzgador, no resulta aplicable la norma del art. 41 inc. b) ap.b) de la Ley 3641, en tanto la prohibición fáctica en ella contenida no se hace presente en tales casos.

Estos principios son siempre aplicables, sea cual fuere la instancia en que se merita, desde que el hecho de haber sujetado la pretensión a dicha alternativa, lo fue para todo el proceso, siendo improcedente distinguir a los fines de la imposición de costas, según se trate de primera o segunda instancia. Las facultades discrecionales de fijación de los montos indemnizatorios, no se encuentran limitadas en la ley procesal sólo a la instancia originaria, pudiendo ser ejercidas en todas y cada una de ellas, en mérito del principio de plena jurisdicción. Tanto es así que el Tribunal de Alzada está obligado a pronunciarse sobre todas las cuestiones litigiosas, aunque la sentencia de primer grado no contenga pronunciamiento sobre ellas, siempre, claro está, en el límite de los agravios (Art. 141 ap. V C.P.C.).

Más aún cuando nuestra estructura procesal nos obliga a designar en la demanda, con indicación del valor, lo reclamado (Art. 165 inc. 3 C.P.C.), es que adquiere especial relevancia el hecho de haber sujetado el monto indicado a la prudencia jurisdiccional, circunstancia en concreto que se diera al

resolver el tribunal de segundo grado en forma definitiva, la fijación de los montos resarcitorios, en uso de sus facultades propias.

En virtud de la apelación se devuelve al tribunal superior la plenitud de la jurisdicción y éste se encuentra frente a la demanda en la misma posición que el inferior, es decir, que le corresponden iguales derechos y deberes. Puede así examinar la demanda en todos sus aspectos, analizar nuevamente la prueba, admitir o rechazar defensas, examinar cuestiones no consideradas por el inferior, estimar de oficio circunstancias impeditivas o extintivas que operan ipso iure, etc. y, en definitiva sobre todo tópico que se hubiere propuesto a la decisión del inferior, entre ellos la posibilidad de que los perjuicios se estimaran prudencialmente. (SCJM, Sala I, 15/09/2.010, autos N° 98.107, caratulados "Iragorre, Erica Yolanda en J° 84.932/41.840 Iragorre, Erica Yolanda c/Mercado, Rubén y ots. P/D. y P. S/Inc."; expte. N° 94.231, "D.G.E. en J° 161.937/31.063, Agüero, Abelardo Lucio y ot. En representación de su hijo menor Diego Alejandro c/D.G.E. P/ D. Y P. S/Inc. Cas.", 05/08/2009, LS 403 - 077)

Tanto la regulación de primera como de segunda instancia debe efectuarse sobre el monto finalmente admitido y considerando al apelante (demandada), aún cuando triunfe, perdedora en ese monto, pues, en definitiva, aún en la segunda instancia, los rubros procedieron.

No dejo de tener en cuenta que el sentido de justicia puede justificar un criterio distinto al sostenido precedentemente, incluso desde el punto de vista del incentivo que implica para los abogados recurrir la decisión de primera instancia, ganar en su pretensión en segunda instancia y que se le carguen las costas sobre el monto admitido finalmente, aún cuando, como en el caso, haya logrado disminuir el monto de condena; sin embargo, por una cuestión de economía procesal, siendo el criterio ya señalado el que establece la Corte de la Provincia de Mendoza, corresponde aplicarlo a casos como el de autos.

En el caso analizado, la demanda fue admitida en primera instancia por la suma de \$ 18.000 (\$ 10.000 por incapacidad, \$ 7.000 por daño moral y \$ 1.000 por gastos médicos); apela la demandada y esta Cámara modifica el monto otorgado por incapacidad, reduciendo la cuantificación contenida en la sentencia de grado a \$ 4.000, dejando intacto el monto por daño moral también cuestionado por la recurrente y el monto por gastos médicos que no fue apelado; en definitiva, los honorarios de alzada deben calcularse sobre el monto finalmente admitido, con exclusión de los gastos médicos que no fueron atacados por el recurrente, es decir, la base regulatoria en la alzada está constituida por \$ 11.000, monto al que deben aplicarse los porcentajes de ley (Art. 14 de la ley 3.641).

ASÍ VOTO.

Sobre la segunda cuestión, la Dra. MIRTA SAR SAR EN DISIDENCIA dijo:

Atento como se resuelve la primera cuestión, las costas de Alzada deben ser soportadas por la actora en la medida en que prospera el recurso de la demandada y por está en lo que se rechaza. (Confr. LS 191:231, LS 191:290) (Arts. 35 y 36 del C.P.C.). ASI VOTO.

Sobre la misma y segunda cuestión propuesta la Sra. Juez de Cámara, Dra. María Silvina Abalos, dijo:

Que por las mismas razones adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por concluido el presente acuerdo dictándose sentencia, la que en su parte resolutive dice así:

SENTENCIA:

Mendoza, 6 de junio de 2.012.

Y VISTOS:

Por lo que resulta del acuerdo precedente, el Tribunal

RESUELVE:

I.- Admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto a fojas 523 y en consecuencia, modificar la sentencia de fojas 503/509, que queda redactada del siguiente modo: "1º) Hacer lugar parcialmente a la acción de indemnización de daños y perjuicios promovida por el señor Abel Oscar Barbier en contra de LIBERTAD S.A. y de la citada en garantía LUNION DE PARIS CIA AR. DE SEGUROS S.A. y, en consecuencia, condenar a la parte demandada para que en el plazo de diez días de firme que quede la presente abone a los herederos del actor (fallecido el día 28/09/07) la suma de PESOS DOCE MIL (\$ 12.000), con más sus intereses legales, que deberán ser calculados para cada rubro conforme lo dicho en el considerando IV de la presente y hasta su efectivo pago. 2º) Imponer las costas del proceso a las demandadas vencidas (Artículo 36 inc. I del C.P.C.).- 3º) Regular honorarios profesionales, a los Dres. María Paula Vetrugno, Diego Carbonell, Federico Sarcinella, Vicente Ferrara y Marcelo Moretti, en las sumas de PESOS.(\$.), . (\$.), . (\$.), . (\$.) y . (\$.), a cada uno respectivamente, a cargo de la demandada y sin perjuicio de los honorarios complementarios que correspondan (Artículos 2, 3, 4 inc. a., 13 y 31 de la Ley 3641).- 4º) Regular honorarios profesionales al perito actuante Dr. Alfredo Ahumada, en la suma de PESOS . (\$.) a la fecha de la presente sentencia."

II.- Imponer las costas de Alzada a la recurrida por lo que prospera el recurso de la demandada y a la recurrente por lo que no prospera. (Art. 36 del C.P.C.).

III.- Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en esta vía impugnativa de la siguiente manera: a) Por lo que prospera parcialmente el recurso de la parte demandada: a los Dres. DIEGO CARBONELL en la suma de PESOS OCHENTA Y SEIS (\$86), MARÍA IGNACIA LLANOS en la suma de PESOS .(\$.) y MARÍA PAULA VETRUGNO en la suma de PESOS . (\$.) b) Por lo que no prospera el recurso de la parte demandada: a los Dres. MARÍA PAULA VETRUGNO en la suma de PESOS . (\$.), DIEGO CARBONELL en la suma de PESOS . (\$.) y MARÍA IGNACIA LLANOS en la suma de PESOS . (\$.) (Arts. 2, 3, 15, y 31 de la ley 3.641). Los honorarios regulados son sin perjuicio de los complementarios que correspondan, dejando expresamente establecido que al momento de practicarse liquidación deberá adicionarse el Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.) a los profesionales que acrediten la calidad de responsables ins-critos.

CÓPIESE, REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y BAJEN.

Claudio F. Leiva

Juez de Cámara

María Silvina Ábalos

Juez de Cámara

Mirta Sar Sar

Juez de Cámara

Andrea Llanos

Secretaria