

Voces: PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - SUPERMERCADOS - DAÑOS Y PERJUICIOS - USUARIO - IN DUBIO PRO CONSUMIDOR - CARGA DE LA PRUEBA - EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

Partes: Braunstein Eduardo Héctor c/ Jumbo Retail Argentina S.A. y otro | daños y perjuicios

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala/Juzgado: E

Fecha: 4-may-2011

Cita: MJ-JU-M-66510-AR | MJJ66510

Producto: SOC,MJ

El supermercado debe responder por los daños sufridos a raíz de la colisión ocurrida entre el actor y un empleado del negocio, por incumplimiento del deber de seguridad.

Sumario:

- 1.-Corresponde hacer lugar a la demanda entablada por los daños y perjuicios sufridos a raíz de una caída provocada por la colisión entre el actor y un empleado del supermercado de propiedad de la demandada, en uno de los pasillos del negocio; ello, con fundamento en el incumplimiento del deber tácito de garantía que corresponde a los supermercados respecto del tránsito dentro de sus instalaciones y en la falta de prueba de la demandada respecto de algún eximente que la libere de responder.
- 2.-El particular que transita dentro de un supermercado es un usuario que se ajusta a la categoría determinada por los arts. 1 y 2 de la ley 24240, y la empresa es un típico proveedor de servicios, entre los que se encuentra la protección de la integridad física de aquellos que circulan por sus corredores, en los cuales es habitual que se susciten colisiones entre personas o caídas en razón de las particulares condiciones de los pisos; precisamente, la prestación que se espera obtener de los supermercados en este tipo de contratos es el deber de organizar adecuadamente la custodia de las instalaciones a su cargo, con el objeto de evitar perjuicios a los clientes o personas que transitan por el local, adoptando las medidas de seguridad necesarias a tal fin.
- 3.-Una vez probado el contacto entre el cuerpo del demandante y un empleado del supermercado -a raíz de lo cual el demandante sufrió una caída-, corresponde al supermercado probar que existió una conducta de un tercero por quien no debe responder y sólo a partir de este presupuesto fáctico podría admitirse la eximición de responsabilidad de la demandada.
- 4.-La cuestión de los daños sufridos por el actor a raíz de una colisión con un empleado de un supermercado, en un pasillo del negocio, debe interpretarse a la luz del art. 3 de la ley 24.240, con

arreglo a la cual en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable al consumidor.

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 4 días del mes de mayo del año dos mil once, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "E", para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados "BRAUNSTEIN EDUARDO HECTOR C/JUMBO RETAIL ARGENTINA S. A. Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS" respecto de la sentencia apelada corriente a fs. 410/416, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

La sentencia apelada ¿es arreglada a derecho?

Practicado el sorteo, resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Sres. Jueces de Cámara Dres. Racimo, Dupuis y Calatayud.

A la cuestión planteada el Dr. Racimo dijo:

I.- Eduardo Héctor Braunstein demandó por los daños y perjuicios sufridos a raíz de una caída ocurrida el día 31 de diciembre de 2006 siendo aproximadamente las 18.15 hs cuando se encontraba en el interior del Supermercado Disco sito en la calle Naón 2412 de esta Ciudad de Buenos Aires provocada por haber sido empujado por un empleado con ropas del supermercado en la intersección entre el pasillo central con el que conduce desde el sector carnes al de verduras. La demanda fue deducida contra la firma Disco. S.A. y fue hecha extensiva a La Meridional Compañía de Seguros S.A.

La accionada no respondió la demanda (ver auto de fs. 133) y la citada en garantía negó en la presentación de fs. 98/110 los hechos afirmados por Braunstein como fundamento de su pretensión. El juez de primera instancia tuvo por demostrada la existencia de una caída en el interior del negocio, aunque estimó que correspondía el rechazo de la pretensión resarcitoria porque no quedó acreditado que los daños sufridos por el demandante se hubieran debido al accionar del empleado del supermercado en ocasión de sus funciones ni por el vicio o riesgo de la cosa. Puntualizó también que el amigo que acompañaba al actor el día del hecho expresó que la cajera le había manifestado que aquél se había caído, situación que bien pudo ocurrir como consecuencia de la premura del actor en retirarse y regresar a la caja pues, por sus propios dichos, cuando estaban en la línea a fin de abonar lo adquirido, advirtió que había olvidado pesar las verduras y bien pudo, con el fin de no perder el turno, acelerar su paso y sin prestar atención chocarse con otra persona, que circulara por el lugar. La desestimación de la demanda se fundó en lo dispuesto por los arts. 1111 y 1113 del Código Civil habiéndose declarado abstracta la cuestión referente a la inoponibilidad de la franquicia planteada por el demandante.

Contra dicho pronunciamiento interpuso recurso de apelación el actor a fs. 417 que fundó con la expresión de agravios de fs. 436/441, que fue respondida por la demandada y la aseguradora con el escrito de fs. 444/445.

Sostiene el actor que se ha examinado la cuestión desde la perspectiva de los arts. 1111 y 1113 cuando debió haber sido estudiada a partir del deber de buena fe contractual establecido en el art. 1198 del Código Civil y particularmente según lo dispuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional y la responsabilidad objetiva que de ella deriva que resulta aplicable a las relaciones de consumo que se encuentra facilitada a partir de su inclusión expresa en los arts. 5 y 6 de la ley 24.240. Aduce sólo podría haberse visto liberada la demandada mediante la demostración de la ruptura del nexo causal o la prueba de la culpa de la víctima, de un tercero por quien no debe responder o por caso fortuito ya que aquélla tenía una obligación de seguridad hacia los clientes. Refiere en su memorial la actitud de

ocultamiento adoptada por la demandada que resulta tanto de la prueba producida en este proceso como en la causa penal n° 54.983 caratulada "López, Gustavo. Delitos: lesiones art. 94 CP" que tramitó ante el Juzgado Nacional en lo Correccional n° 1.

No se encuentra controvertido en la actualidad que el 31 de diciembre de 2006 se produjo la caída del demandado en el interior del Supermercado Disco en la dirección ya mencionada cuando se encontraba con un amigo realizando la selección de artículos en ese negocio. El punto en discusión se centra en la causa de esa caída. El actor sostiene que fue chocado por un empleado del supermercado mientras que la demandada alega que la caída ocurrió sin intervención de otras personas. De los antecedentes de la causa penal el juez ha inferido que el hecho se produjo probablemente por la extrema diligencia del demandante en volver a la zona de cajas. Discrepo con tal conclusión porque, como se verá, existen suficientes datos en dicho expediente para juzgar que la descripción del hecho relatado en la demanda se corresponde con lo realmente ocurrido el 31 de diciembre de 2006.

La primera declaración relevante la brindó el gerente de esa sucursal Fernando Lavezzi, quien manifestó ante la autoridad policial que no estaba autorizado a brindar datos sobre el accidente que se investiga, "afirmando que en el lugar hay un informe en relación al hecho y que dicha información está a cargo de la oficina de legales (el 4964-8000)" (ver acta redactada el 4 de enero de 2007 por el personal policial obrante a fs. 5 del expediente penal).

El testigo Oscar Zamudio acompañaba al actor y declaró como testigo ante la justicia correccional que este advirtió cuando iban al sector de cajas que no había pesado las verduras y que por tal motivo se dirigió al sector de verdulería mientras el declarante se quedó esperando en la caja. Ante la manifestación de la cajera respecto a que aquel se había caído, se dirigió y vio al damnificado tirado en el suelo entra la intersección del sector de cosméticos y el de carne, acompañado por personal del local (ver fs. 23/vta).

Surge también del proceso penal que el secretario actuante levantó un acta el 15 de marzo en la cual dio cuenta que Braunstein le había afirmado por teléfono que -según comentarios del gerente del local llamado Fernando Lavezzi- el empleado que lo había embestido se llamaba Gustavo López (ver acta de fs. 54). Con motivo de ese nuevo dato, el juez penal efectuó una requisitoria a la demandada que fue respondida por el apoderado de la empresa Dr. Alberto J. Gourdy Allende quien informó los datos personales del empleado Gustavo López identificándolo con domicilio y número de Documento Nacional de Identidad (ver contestación de oficio de fs. 85 del 1° de noviembre de 2007). El 18 de marzo de 2008 se realizó un allanamiento en el local de la calle Naón 2142 a resultados del cual el gerente Lavezzi refirió recordar el hecho de la caída, "pero que en la sucursal no se hallaba ningún tipo de registro respecto al hecho, dado que los mismos fueron remitidos a legales de la empresa el cual (sic) se emplaza en Martínez PBA" (ver acta de fs. 99/100). El 15 de mayo el personal policial revisó el local y no encontró video alguno manifestando el gerente Sr. Lavezzi que no existe manual de procedimiento (ver actas de fs. 126 y 129).

Lavezzi declaró como testigo en el juzgado correccional el 23 de mayo y refirió haber visto al cliente cuando ya el personal había llamado a la empresa de atención médica para el auxilio pertinente. Refirió no conocer la existencia de reglamento alguno para el tratamiento de esta contingencia, pero manifestó que "se hace en estos casos un informe, o escrito que es remitido al Departamento de Legales de Disco" y que éste fue confeccionado en esa oportunidad por el declarante mismo. Agregó que "no le cabe ninguna duda que, de que (sic) los comentarios que efectuaron sus empleados fueron ciertos, en cuanto a que fue un choque entre dos personas, y que Eduardo y su amigo le dijeron lo mismo" (ver acta de fs. 140/vta.).

Producidas estas medidas, el juez correccional solicitó -bajo apercibimiento de desobediencia (ver cédula de fs. 188)- "al gerente de la sucursal del Supermercado Disco... la nómina de empleados de esa

sucursal que estuvieron presentes el día 31 de diciembre de 2006, y que habrían presenciado el posible choque entre el empleado Gustavo López y el cliente Eduardo Héctor Braunstein... en la intersección del pasillo central con el que va desde el sector 'carnes' al de 'verduras'. El letrado apoderado de la firma Disco S.A. Dr. Mariano Alberto Civale informó el 2 de julio de 2008 "la nómina de empleados de Disco, sucursal ubicada en Rómulo Naón 2412, que se encontraban trabajando el día 31 de diciembre de 2006 y que habrían presenciado el posible choque entre el Sr Gustavo López y el Sr. Eduardo Héctor Braunstein". A continuación precisó que "dichos empleados son López Gustavo Damián... y Ayala, Santiago Alberto" dejándose constancia que ambas personas ya no pertenecen a la empresa Disco S.A. (ver escrito de fs. 196).

El 18 de julio de 2008 declaró como testigo Alberto Santiago Ayala que se desempeñaba como empleado del supermercado en el sector de verdulería quien precisó que a la fecha del hecho "se trabajaba junto al Sr. López Gustavo, a quién denominan "Stuart" por su baja estatura quien trabajaba por la tarde". Manifestó en principio que no recordaba que hubiera pasado incidente alguno entre López y un cliente del local y que siguió siendo su compañero hasta que lo cambiaron entre enero y febrero de 2007 al Sector Recepción refiriendo luego que, por dichos de sus compañeros, fue despedido por llegar al trabajo borracho. Después de cerrado el acto y transcurridos unos minutos -según consta en el acta respectiva- el compareciente reinició su declaración testifical y manifestó haber recordado el incidente. Señaló que por dichos de su compañero Martín Reinaga Aliaga del Sector Lácteos que Gustavo López, el día del hecho, se llevó por delante con un carro o chango a un cliente y lo choca, haciendo que este último cayera y no se podía levantar, luego se lo llevaron en una ambulancia del Same (ver acta de fs. 210).

El personal policial realizó un procedimiento en la ciudad de Martínez, provincia de Buenos Aires, el 30 de julio de 2008 en la oficina de legales del Supermercado Disco (sector de administración legales) con resultado negativo habiendo referido el apoderado que en ese lugar no se llevan registros de accidentes o siniestros de locales (ver acta de fs. 218).

El apoderado de Disco presentó un escrito a fs. 286 -ante una nueva requisitoria del juez penal- mediante el cual consignó el personal que estaba trabajando el día del hecho en el turno tarde entre los que se encontraban Santiago Ayala (obviamente la persona cuya declaración he transcripto), Raúl Almada, Mariana Vera Ramírez y Ramón Ortiz sin que conste la presencia del mentado López en esa lista ni en la correspondiente al turno mañana. El análisis aislado de la declaración del testigo Ayala da lugar a dudas sobre el hecho aunque está claro que el mismo declarante tiene por cierto que López trabajaba en la sucursal por la tarde y de ello no puede dudarse porque así lo afirmó la parte demandada en el escrito de fs. 196 pese a que el mismo apoderado suministró posteriormente al tribunal una lista de empleados del local en el que consta Ayala pero ya no López (ver fs. 286 del 8 de junio de 2009). Se trata de una maniobra de ocultamiento respecto de un empleado que se encontraba en el lugar y cuya presencia pretendió silenciarse por alguna razón.

La solución se encuentra en el examen de la conducta de la demandada. El primer hecho a resaltar es que Disco S.A. nunca explicó por qué incluyó a Ayala como eventual testigo del choque entre Braunstein y López. No basta, obviamente, el hecho de ser empleado de esa sucursal porque del mismo modo debió haberse incluido también como posibles testigos al resto los empleados indicados en la lista de fs. 286. Adviértase que todavía Ayala no había declarado ante el juez correccional ya que sólo lo hizo a fs. 210, de manera que debió haber existido una fuente independiente y verificable según sus registros para llegar a contestar al juez -que había requerido esa información bajo apercibimiento de desobediencia (art. 239 del Código Penal)- que los testigos presenciales del choque fueron López y Ayala.

Esta fuente era con toda seguridad el informe efectuado por el gerente poco tiempo después del evento y en el cual constaban los datos que posteriormente fueron explicitados por el Dr. Civale con el escrito

de fs. 196. No obsta a ello que ese informe del gerente no conste en los registros de la demandada (ver acta de allanamiento del 30-7-08 del expediente penal y también las restantes medidas dispuestas por el juez penal referidas a fs. 308 vta. de su pronunciamiento), puesto que ello revela un análogo procedimiento a la desaparición del mismo López de la lista presentada por el apoderado a fs. 286 del 8 de junio de 2009 quien lo había incluido como empleado de la "sucursal ubicada en Rómulo Naón 2412" el 2 de julio de 2008 en su anterior escrito.

La declaración del testigo Ayala adquiere mayor peso precisamente por la actitud de la demandada que después de las informaciones francas de fs. 140 y 196 de la causa penal ha pretendido ocultar el rastro de la participación de sus empleados en esa fecha con su posterior presentación de fs. 286. Tengo así por cierto que López trabajaba en ese momento, que era empleado de Supermercados Disco y que, por razones desconocidas, no se hizo constar en la lista de empleados del negocio de la calle Naón. El procedimiento de la demandada se pone aún más de manifiesto si se tiene en cuenta que el gerente Lavezzi realizó un informe el cual no ha podido ser encontrado a pesar de los intentos del juez correccional de perforar la estructura de la empresa. Y si se hizo ese informe -como estoy convencido de que se efectuó en aquella oportunidad- no se entiende la razón por la cual no existe video del hecho. Es verdad que el coordinador de seguridad de la demandada informó que los videos de filmación permanecen en cada local y que los mismos son regrabados cada 15 días (ver acta de fs. 149/vta. de la causa penal), pero ese dato no puede admitirse como creíble ante la presentación de un informe por el gerente de la sucursal acerca del hecho producido dentro de los cuatro días siguientes al evento. Resulta ridículo que se borre un video correspondiente al día de un accidente de tal severidad cuando existía un comunicado interno en el cual el gerente había dado cuenta del accidente y obviamente, como es de esperar, de la concurrencia de un servicio de asistencia médico.

Se suma a ello que la caída fue de relevancia ya que exigió la concurrencia de una ambulancia para que el actor fuera trasladado a un establecimiento médico. No consistió en un hecho menor -más allá de las graves consecuencias que se revelaron posteriormente- y resulta inadmisibles que no haya existido constancia de esa circunstancia o que la empresa carezca en su oficina de asuntos legales de documentación sobre el tema. Puede haber ocurrido que no existiera ese informe, lo cual es todavía más grave porque revelaría que el supermercado se desentiende de este tipo de situaciones hasta el punto de carecer de relevancia que sus clientes se caigan en uno de sus pasillos y que ello haga necesaria la concurrencia del SAME.

Tengo por cierto entonces -de acuerdo con los elementos señalados y las inferencias formuladas a partir de los indicios reseñados (ver CNCiv., Sala J en autos "Castillo, Luisa Margarita c. Disco S.A. s/daños y perjuicios" del 13-9-06)-, que el 31 de diciembre de 2006 se produjo el choque entre el cuerpo del actor con una persona -probablemente un empleado de la demandada - que se desplazaba por un pasillo de la mencionada sucursal y que ello provocó la caída del primero con serias consecuencias para su salud.

II.- El restante punto en debate se centra actualmente en torno al régimen legal aplicable al hecho señalado. El actor elaboró su pretensión con sustento en las disposiciones de la responsabilidad extracontractual ya que imputó la responsabilidad de la demandada como principal a raíz de un mal proceder de uno de sus dependientes del cual, aunque no precisó norma alguna en el título correspondiente al fundamento del derecho invocado (ver fs. 41 punto IV y fs.48, punto XIV).

El demandante ha planteado ante esta instancia que debe aplicarse el régimen de protección del consumidor según lo prescripto por el art. 42 de la Constitución Nacional. La relación entre el supermercado y quien transita por el mismo es una relación de consumo en los términos de los arts. 1, 2, 3 y concordantes de la ley 22.420 (ver CNCiv, Sala I, voto del Dr. Ojea Quintana en autos "Gándara, Ana María c. SUPERMERCADOS NORTE S.A. y otro s/daños y perjuicios" del 24-9-09) y desde esta perspectiva resulta admisible la introducción en esta instancia del planteo formulado por el actor. En

efecto, ha señalado la Dra. Highton de Nolasco como integrante de la CNCiv Sala F en el precedente "Torres, Erica F. c. Coto C.I.C.S.A. y otro" del 17-9-03 -pub LL 2004-A, 433- que en virtud del principio iura novit curia y por aplicación del art. 1107 del Código Civil, cabe reconducir el emplazamiento normativo de la cuestión a los principios concretos que son los de la responsabilidad contractual. De todos modos, el factor de atribución objetivo está consagrado por el art. 1198, primer párrafo, del Cód. Civil del cual nace un deber de seguridad accesorio destinado a preservar la integridad de las personas que son parte en el negocio jurídico. En esta inteligencia, por tratarse de un caso de responsabilidad objetiva, será la demandada quien debe acercar a la causa toda la prueba conducente a los fines de exonerarse de su deber de reparar; y para ello es necesario que acredite que el daño acaeció por el hecho de la víctima, por el hecho de un tercero por quien el dueño o guardián no deban responder, o bien por el casus genérico legislado en los arts. 513 y 514 del citado cuerpo de normas (CNCiv., sala D, L.45.938/2000, 11-3-03 referido al hecho ocurrido en la escalera de un local de comida rápida; Vázquez Ferreyra, Roberto A., "La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 17, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 1998, p. 79), criterio que posteriormente ha sido mantenido por la Sala F con voto del Dr. Galmarini en autos "Conde, Javier H. c. Fortín Maure S.A." del 30-11-06).

Agregaba la Dra. Highton de Nolasco que 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.

Queda claro, pues, que a la original idea de la protección del consumidor de productos elaborados han agregado -ahora de modo explícito- la Constitución Nacional según la Reforma de 1994 y nuestra legislación (arts. 5 y 40 de la ley 22.240) la imposición del prestador de servicios de un deber de indemnidad de usuarios y consumidores respecto de daños que se encuentren causalmente vinculados a la actividad de aquél. Asimismo, el art. 42 ha sentado que todo usuario y consumidor tiene derecho -y no una mera expectativa- a encontrarse protegido frente a la existencia de una relación de consumo. Lorenzetti ha señalado que el derecho del consumidor tiende a la supresión del distingo entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual ("La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del área regional MERC OSUR" en LL 1996-E, 1303) otorgándose una posición de centralidad en el sistema al consumidor que autoriza la derivación directa de derechos a través de normas constitucionales que se consideran directamente aplicables ("La relación de consumo. Ámbito de aplicación del estatuto del consumidor", en Defensa del consumidor, Buenos Aires, 2003, pág. 72 y mi voto en c. 499.504. del 17-9-07 pub. en ED 228-63).

Dentro de este contexto legal, el particular que transita dentro de un supermercado, es un usuario que se ajusta a la categoría determinada por los arts. 1 y 2 de la ley 24.240; y la empresa es un típico proveedor de servicios entre los que se encuentra la protección de la integridad física de aquellos que circulan por sus corredores en los cuales es habitual que se susciten este tipo de colisiones entre personas o caídas en razón de las particulares condiciones de los pisos (ver CNCiv, Sala B, "García, Carmen Beatriz y otro c. Supermercados COTO S.A. del 15-12-08, DJ 17-6-09, 1661 con cita de la ley del consumidor y también CNCiv, Sala G, c. 324.940 "Jusid, Cecilia c. Carrefour Argentina S.A. s/ daños y perjuicios" del 13-5-02; id, Sala L del 6-3-08, LL 2008-D, 58; CNCiv., Sala J, 16-6-10 en autos "Fernández, Isabel c. Disco S.A." La Ley Online: AR/JUR/42288/2010 y "Zemel, Olga c/Banco Provincia de Buenos Aires s/daños y Perjuicios", expte. n° 80.050/2004, del 12/3/2008). Precisamente la prestación que se espera obtener de los supermercados en este tipo de contratos es el deber de organizar adecuadamente la custodia de las instalaciones a su cargo, con el objeto de evitar perjuicios a

los clientes o personas que transitan por el local, adoptando las medidas de seguridad necesarias a tal fin (ver CNCiv, Sala L, voto del Dr. Galmarini en autos "Arriega, Ilda Esther del Carmen c. Coto CICSA s/ daños y perjuicios del 2-7-10).

Resulta así indiferente que se haya invocado que el daño ha sido causado por el riesgo o vicio de la cosa (como en el mencionado precedente de la Sala F con voto de la Dra. Highton de Nolasco) o que se impute que el menoscabo se vincule con el hecho del dependiente (como se ha alegado en el caso) cuando, en definitiva, ha quedado demostrado que se ha incumplido con ese deber tácito de garantía que corresponde a los supermercados respecto del tránsito dentro de sus instalaciones, el cual ha sido específicamente indicado por el actor cuando aludió al incumplimiento del "deber de seguridad que estaba a su cargo" (ver fs. 41, punto IV, penúltimo párrafo).

El servicio debe ser, pues, prestado de forma tal que, utilizado en condiciones previsibles o normales de uso, no presente peligro para la salud e integridad física de los usuarios (art. 5 de la ley 24.240) y en el caso el fundamento de la obligación de seguridad se encuentra en la buena fe (art. 1198 del Código Civil, ver Lorenzetti, "Consumidores", Buenos Aires, 2003, pág. 403). Se trata de evitar, mediante este criterio, que el comportamiento de la contratante se convierta en fuente de perjuicios porque ello implicaría la no satisfacción de la utilidad esperada por el acreedor (Lambois, "La obligación de seguridad" en "Derecho Privado", (Ameal dir.), Buenos Aires, 2001, pág. 1119 y Mayo, "Sobre las denominadas obligaciones de seguridad", LL 1984-B, 940). La relación de consumo ha establecido un deber de seguridad en términos inequívocos a cargo del prestador del servicio que reviste el carácter de principal y que ya no puede ser colocada en el rango de un deber secundario de conducta emanado del principio de buena fe del art. 1198, primer párrafo, del Código Civil o de una obligación tácita de seguridad que requería averiguar si existía un nexo con las obligaciones principales del negocio. En concreto, lo que se entendía como un deber secundario de seguridad basado en una interpretación amplia del art. 1198 se ha transformado -conf. art. 42 CN y art. 5 de la ley 24.240- en un deber de seguridad central y no escindible de toda obligación que emane de un contrato que encuadre dentro del concepto de relación de consumo. (conf. mi voto en c. 499.504. del 17-9-07 pub. en ED 228-63).

La inclusión de este tipo de planteos dentro del marco del derecho del consumidor no exime al actor de la carga de demostrar el factor que ha causado concretamente el daño (ver voto del Dr. Kiper, CNCiv Sala H del 9-2-05, RCyS 2006, 1355) y la subsistencia del principio de la causalidad adecuada incluso en casos regidos por la ley 24.240 (ver también voto del Dr. Kiper en CNCiv, Sala H, del 13-5-09, RCyS 2009-XI, 202 y mis votos en las causas 553.140 del 12-7-10 y 561.367 del 20-20-10), puesto que se requiere una relación de conexidad entre el hecho o circunstancia que generó el detrimento y la esfera natural de movimiento comprendida en la ejecución de la prestación (Prevot y Chaia, "La obligación de seguridad", Buenos Aires, 2005, n° 21, pág. 146).

Del análisis de la prueba es posible tener por comprobado que existió una colisión entre el actor y otra persona en uno de los pasillos del supermercado lo cual provocó la caída del primero con graves repercusiones para su salud. Por eso y a diferencia de lo examinado en un precedente de similares características (ver voto del Dr. Mayo en CNCiv, Sala H del 29-4-08 en autos "Bravo, Dora Elisa c. Disco S.A. y otros") se ha probado la conexión causal que es presupuesto indispensable para la responsabilidad del prestador de servicio en la relación de consumo. La demandada debió probar, en subsidio, que la lesión producida por un contacto entre una persona o un carrito se debió a la intervención de un tercero ajeno a ella en el marco de la relación de consumo antes consignada. Agregó, finalmente, que no resulta decisiva la ausencia de la declaración de un testigo directo del accidente cuando es posible inferir -de las circunstancias de la causa- que la caída se produjo en los términos indicados por el demandante (ver voto del Dr. Mirás en c. 431.848 en autos "Torres, Martín Oscar c. Supermercados Ekono S.A. s/ daños y perjuicios" del 13-9-05), sin que sea admisible recurrir en este punto a conjeturas como las expresadas en el pronunciamiento que en rigor no poseen para la ocasión ningún grado de certeza (ver CNCiv, Sala A, "Fabrizio, María del Rosario c. Supermercados

Norte S.A. y otro s/daños y perjuicios" del 7-4-06).

De todos modos, lo decisivo consiste en el contacto entre el cuerpo del demandante y un empleado del supermercado y una vez probado este hecho correspondía a la demandada probar que había existido una conducta de un tercero por quien no debe responder y sólo a partir de este presupuesto fáctico podría haberse admitido la eximición de responsabilidad de la demandada (ver en este sentido el voto del Dr. Dupuis en la c. 282.129 del 25-11-99 pub. en JA 2000-IV, 270). Corresponde, de todas formas, entender que la titular del supermercado responde como prestadora del servicio al no haber demostrado eximente alguno que la libere de responder, más allá de que, claro está, en este tipo de casos debe interpretarse la cuestión a la luz del art.3 de la ley 24.240 con arreglo a la cual en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable al consumidor (ver CNCiv, Sala I, voto del Dr. Ojea Quintana en autos "Gándara, Ana María c. SUPERMERCADOS NORTE S.A. y otro s/daños y perjuicios" del 24-9-09).

Y es dentro de este contexto legal que tengo por acreditado que Braunstein sufrió una caída con motivo de una colisión con otra persona -probablemente el empleado López- dentro del supermercado Disco sito en la calle Naón 2412.

II.- Determinada la responsabilidad de la demandada corresponde examinar la procedencia de los diversos rubros reclamados por el actor en su demanda.

a.Incapacidad sobreviniente.

El actor reclama que se le pague una indemnización por los conceptos de daño psicológico (\$ 70.000) y de daño físico (\$ 200.000) y ambos han sido constatados en el curso del proceso.

En efecto, el perito médico ha informado que el actor presentó una fractura de cuello de fémur de cadera derecha a raíz de un traumatismo directo con caída sobre el trocánter mayor de la cadera comprometida. Se le realizó del tratamiento habitual para este tipo de lesiones con un reemplazo protésico que en el caso de Braunstein -debido a su buen estado psicofísico- se optó por un reemplazo total de cadera que fue una decisión quirúrgica con buen criterio a pesar de que la fractura de cadera es una lesión traumática grave que incapacita al que la padece de la deambulación y lo postra en decúbito obligado. Se trata de una práctica quirúrgica que es una cirugía mayor con alto riesgo intra y pos-operatorio. Preciso que si bien la movilidad articular de su cadera derecha se encuentra conservada no es menos cierto que el demandante está supeditado a un post-operatorio incierto ya que no es infrecuente el rechazo al material, procesos infecciosos alejados del acto quirúrgico, aflojamientos mecánicos de la prótesis implantada a lo cual se suma la necesidad de someterse a controles periódicos, por todo lo cual estima que tiene una incapacidad del 40 % de carácter parcial, permanente y evolutivo.

La perito licenciada en psicología señaló que el actor sostiene estabilidad conductual con un tipo, contenido y curso del pensamiento que se evalúan dentro de los parámetros de la normalidad. Refiere que se trata de una persona que vivencia mucha presión combinada con un alto nivel de autoexigencia que lo agobia ante la cual no hay defensa con una imposibilidad para desempeñarse laboralmente en la actualidad que menoscaba su rol que se repite en suficientes indicadores y que viabiliza su sensación psicomotriz de estar disminuido hoy para dicho desempeño así como para movilizarse. Concluye que el actor sufre una depresión neurótica grado III, que el evento que se ventila en autos se acopla a una personalidad escasamente proclive a este padecimiento con una anticipación sui generis de deterioro físico que de acuerdo con el baremo utilizado se refleja en una incapacidad psicológica del 40 % que se interpreta como una incapacidad parcial aunque lo permanente o no de la misma estará supeditada a la respuesta al tratamiento (ver fs. 304/309).

Esta Sala tiene dicho en forma reiterada que a los fines de establecer la cuantía de la indemnización por

incapacidad sobreviniente -tanto física como psíquica- debe apreciarse un cúmulo de circunstancias, entre las que si bien asume relevancia lo que la incapacidad impide presuntivamente percibir durante el lapso de vida útil de la víctima, también es preciso meritarse la disminución de sus posibilidades, su edad, cultura, estado físico, es decir, todo aquello que se trasunta en la totalidad de la vida de relación (conf. mis votos en L. 34.743 del 10/-3/8-8; ídem, c. n° 44.825 del 3/5/89). Se habrá de computar especialmente la incidencia en las actividades que concretamente desarrollaba; su estado civil; nivel socio-económico; el hecho de que el resarcimiento contempla la totalidad de los aspectos del ser humano su incidencia en él (ver L.n° 61.903, con voto del Dr. Mirás, del 12/3/-90; L.n°45.086 del 10/5/89, con voto del Dr. Calatayud; voto del Dr. Dupuis en L.n°45.623 del 22/5/89, entre varias otras).

Cabe señalar que esta Sala ha considerado que el daño psicológico no debe ser considerado conjuntamente con el daño moral porque tienen naturaleza esencialmente distintas (ver, entre otras, causas 361.191 del 10-12-02 y 468.449 del 5-2-07), pero también ha decidido que no se está frente a un perjuicio autónomo. Es que -según su criterio- integra el concepto de incapacidad sobreviniente, puesto que, como lo ha decidido reiteradamente, ella abarca cualquier disminución física o psíquica que afecte tanto la capacidad laborativa del individuo, como aquella que se traduce en un menoscabo en cualquier tipo de actividad que desarrollaba con la debida amplitud y libertad (conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, t. 5 pág. 219 n° 13; CNCiv. esta Sala, causas 24.116 del 20-10-86, 43.169 del 18-4-89 y 66.946 del 18-5-90, entre muchas otras).

Ello así, por cuanto la integridad corporal de la persona tiene, por lo común, un valor económico instrumental, como capital destinado a ser fuente de beneficios, tanto económicos como de otra índole. Por ello, su afectación se proyecta necesariamente al futuro, cercenando o menoscabando probabilidades de desenvolvimiento, éxito e inserción en el mundo de relación (conf. Zavala de González, Daños a las personas - Integridad sicofísica, t. 2a pág. 41; CNCiv. esta Sala, causa 124.883 del 22-3-93).

El demandante tenía 65 años de edad al momento del hecho aunque no existen datos concretos sobre la entidad los ingresos que dice que percibía como apicultor. La prueba documental es inexistente en lo que hace a este reclamo y de la prueba testifical es posible extraer que Braunstein trabajaba activamente en las colmenas en un predio de su hijo pero al parecer actualmente supervisa las labores en razón de la minusvalía que padece (ver declaraciones testificales de fs. 242/243 y 244). No hay, pues, mayores elementos que permitan determinar concretamente cuáles eran los ingresos del demandante al momento del accidente más allá de la referida ayuda en las actividades comerciales de su hijo respecto de las cuales no existen registros sobre las entradas concretas que supuestamente percibía el demandante por esa tarea.

Por todo ello y ante la falta de otros datos respecto de los eventuales ingresos del actor, considero apropiado fijar una indemnización por la incapacidad psicofísica constada en la causa en la suma de \$ 80.000.

b. Tratamiento psicológico.

La licenciada en psicología ha recomendado un tratamiento psicológico por un periodo semanal por el término de tres años a un costo de \$ 60 la sesión, lo cual se encuentra respaldado por las demás consideraciones vertidas en el dictamen respectivo y por ello considero apropiado fijar la suma de \$ 9.000 por este concepto

c. Tratamiento médico y farmacéutico.

Reclama por este concepto los gastos realizados además del tratamiento fisiokinésico por espacio no

menor a tres meses a razón de tres sesiones semanales. Afirma que debió comprar la prótesis cuyo detalle de facturación acompaña en fotocopia por la suma de \$ 11.900 a la firma Stryker Corporation Sucursal Argentina y solicita el resarcimiento por la suma de \$ 25.000.

El perito médico ha señalado en su dictamen (ver fs.349, punto VIII) que el costo de los tratamientos farmacológicos y médicos es de aproximadamente cincuenta mil pesos a valores de medicina privada actual.

Sabido es que en lo atinente a los gastos de farmacia y asistencia médica y de traslados, la jurisprudencia ha prescindido de la exigencia de la prueba concreta y documentada de este tipo de gastos que, como los de farmacia, son necesarios para el tratamiento y recuperación de la víctima, dejando librado a la apreciación judicial la fijación de su monto, siempre que la acreditación del perjuicio esté debidamente comprobada y tengan adecuada relación con la importancia del tratamiento (conf. esta Sala, L. n° 7356 del 29-8-84 y sus citas; L. n° 51.594 del 20-9-86; L.n° 41.431 del 3-3-89; ídem, L.n° 64.814 del 26-4-90; Sala "C", E.D.98-508 y sus citas; entre muchos otros).

Sin embargo no existen en la causa otros elementos que permitan determinar la entidad de los gastos en este punto de modo que estimo pertinente -de acuerdo con la facultad conferida por el art. 165 del Código Procesal- fijar la suma de \$ 15.000 por este concepto.

d.Lucro cesante.

Aduce el demandante que a consecuencia de las lesiones sufridas tuvo que dejar de realizar tareas remunerativas como apicultor en un establecimiento cuyo titular es su hijo Martín Braunstein, motivo por el cual reclama una indemnización de \$ 144.000.

Sabido es que el lucro cesante enjuga las pérdidas experimentadas durante el tiempo de inactividad o disminución de la actividad laboral, es decir, responde a la incapacidad -total o parcial- pero transitoria. En cambio, la incapacidad permanente absorbe al lucro cesante (conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, Código Civil y leyes complementarias, coment. art. 1086, N° 12, ap. c, pág.218). Y en el caso en que no hubiere pérdidas o no se reclamaran, sólo queda el resarcimiento si el hecho es susceptible de producir daño moral y a través de este rubro, que se considera por separado (conf. esta Sala, c. 220.130 del 15/7/97, voto del Dr. Dupuis y voto del Dr. Mirás en c. 457.046 del 18-7-06 y mi voto en c. 549.907 del 15-7-10).

Por otra parte, cabe señalar que, en lo que concierne al lucro cesante, entendido como la ganancia dejada de percibir por el damnificado, no se presume y quien reclama su indemnización debe aportar los elementos de prueba que acredite fehacientemente su existencia (CNCiv. esta Sala, causas 74.429 del 4-10-90, 74.476 del 12-10-90 y 76.735 del 4-12-90, entre muchas otras).

Estas razones me llevan a desestimar este rubro reclamado en la demanda.

e.Daño moral

Solicitó el actor una indemnización de \$ 100.000 por el agravio moral causado por el hecho de la caída y sus consecuencias en el orden de la integridad psicofísica.

Por daño moral a criterio de la Sala debe entenderse cualquier lesión a los sentimientos o afecciones legítimas de una persona, o cuando se le ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos o, en fin, cuando de una manera u otra se han perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado (conf. CNCiv. Sala "D" en E.D. 61-779; íd., en E.D. 69-377; Sala "F" en E.D. 42-311; íd., en E.D. 53-350; Sala "G" en E.D.100-300; esta Sala, causas 502 del 26-12-83, 66.984 del 30-5-90 y

77.842 del 7-11-90).

Es por ello que la jurisprudencia ha resuelto que para fijar el monto indemnizatorio se hace imprescindible valorar un cúmulo de factores, entre los que merecen ser destacados, a modo de ejemplo, la gravedad de la culpa del autor del hecho, la existencia y cuantía de los perjuicios materiales, las condiciones personales de aquél y las de la víctima, etc., factores todos que quedan librados al prudente arbitrio judicial (conf. CNCiv. Sala "B" en E.D. 57-455; Sala "D" en E.D. 43-740; esta Sala, causas 19.073 del 13-3-86 y 124.140 del 16-11-94).

Surge de las actuaciones que el actor padeció una importante lesión como consecuencia de su caída en el supermercado Disco y que ello ha repercutido tanto en su vida laboral como en la órbita de sus relaciones sociales y familiares que se han visto restringidas por ese motivo. Los peritos han dado cuenta, por otra parte, de las consecuencias padecidas en el ámbito físico y psicológico referidas en particular a la afectación de la movilidad la cual, sin embargo, es actualmente indolora como señaló el perito médico (ver fs. 340 vta.).

Corresponde, por ende, admitir este rubro el cual estimo en la suma de \$ 20.000 a raíz del conjunto de inconvenientes producidos como consecuencia del accidente relatado en la demanda.

III.- En cuanto a los intereses y al tratarse de sumas calculadas a la fecha de este pronunciamiento, se calcularán a la tasa del 6 % anual desde el momento del accidente y a partir de esta sentencia según la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, de acuerdo con la sentencia plenaria recaída en los autos "Samudio de Martínez Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta S.A.s/ daños y perjuicios" del 20 de abril de 2009).

El actor señaló que los contratos entre las partes que contienen seguro con franquicia no pueden serle opuestos a terceros como lo dispone el art. 1195 del Código Civil. Tal ha sido el único argumento planteado en el escrito de fs. 112/113 respecto a la invocación de la franquicia de u\$s 25.000 efectuada por la aseguradora en su presentación de fs. 98/100.

El art. 118(ref:LEG788.118) de la ley 17.418 establece que la sentencia de condena hará cosa juzgada contra el asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. Por tanto, no habiendo cuestionado la actora la legitimidad de tal disposición legal y encontrándose probada en autos el alcance de la franquicia contratada entre la demandada y su aseguradora, es evidente que el planteo -en los términos formulados- carece de eficacia para alterar lo decidido por la ley específica sobre la materia. Por ello la demanda sólo procederá respecto de la aseguradora dentro de los límites establecidos por la ley mencionada (conf. c. 431.902 del 14-12-05).

Finalmente, las costas se impondrán a la demandada y a la aseguradora que resultan vencidas de acuerdo con lo dispuesto por el art. 68 del Código Procesal.

Por lo expresado, propicio que se revoque la sentencia de primera instancia y que se admita parcialmente la demanda que prospera contra la demandada Disco S.A. -actualmente Jumbo Retail Argentina S.A.- conf. presentación de fs. 144 por la suma de \$ 124.000 y que se hará extensiva a la aseguradora en los términos del art. 118 de la ley 17.418. Las costas se impondrán en ambas instancias a la demandada y a la citada en garantía vencidas (art. 68 del Código Procesal).

Los señores jueces de Cámara Dres Dupuis y Calatayud, por análogas razones a las expuestas por el Dr. Racimo, votaron en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto.MARIO P.CALATAYUD. JUAN CARLOS G. DUPUIS. FERNANDO M. RACIMO.

Este Acuerdo obra en las páginas N° a N° del Libro de Acuerdos de la Sala "E" de la Excma. Cámara

Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Buenos Aires, mayo de 2011

Y VISTOS:

A mérito de lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se revoca la sentencia de fs. 410/416 y se admite la demanda contra la demandada Disco S.A. por la suma de \$ 124.000 con más los intereses que deberán computarse en la forma indicada en los considerandos y que se hace extensiva a la citada en garantía La Meridional Compañía de Seguros S.A. en los términos del art. 118 de la ley 17.41. Con costas (art. 68 del Código Procesal). Regulados que sean los honorarios por la actuación en primera instancia, se fijarán los correspondientes a la alzada. Notifíquese y devuélvase.