

NEUQUEN, 5 de mayo del año 2021.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**FARIAS BUSTINGORRY JUANA BEATRIZ C/ COOPERATIVA OBRERA LTDA. DE CONSUMO Y VIVIENDA Y OTROS S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES**", (JNQC15 EXP. N° 500067/2013), y su acumulado "**JARA CAMPOS MICAELA SILVINA C/ COOPERATIVA OBRERA LTDA. DE CONSUMO Y VIVIENDA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES**" (JNQC15 EXP. NRO. 507483/2015) venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. José I. NOACCO dijo:**

I.- En contra de la sentencia dictada en autos el día 13 de diciembre de 2019 (fs. 513/552) vienen en apelación Cooperativa Obrera Limitada de Consumo y Vivienda a fs. 555 (desistido a fs. 583), Juana Beatriz Farías Bustingorri a fs. 558, Federación Patronal a fs. 559 (desistido a fs. 578), mientras que en los autos caratulados: "Jara Campos, Micaela Silvina c/ Cooperativa Obrera Ltda. De Consumo y Vivienda y otros s/ daños y perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual de particulares" (Expte. Nro. 507483/15) a fs. 408 apela Cooperativa Obrera Limitada de Consumo y Vivienda, a fs. 411 Chacras de la Valentina S.R.L. y Néstor Omar Guerrero, a fs. 412 Federación Patronal Seguros S.A. y a fs. 413 la Sra. Micaela Silvina Jara Campos.

A.- A fs. 572/574 expresa agravios la señora Juana Beatriz Farías Bustingorri. Se queja porque entiende que la jueza no tuvo por acreditado el daño reclamado merituando de forma errónea la prueba producida, la cual entiende, acredita debidamente los padecimientos sufridos por esa parte.

Considera que, contrariamente a lo decidido, ha probado el rubro de incapacidad sobreviniente, tanto mediante el certificado médico de la Dra. Krasinsky, las que resultaron ratificadas por la pericia médica, la cual inclusive muestra un agravamiento, dado que el cuadro de dermatitis aguda afectó a la actora hasta tres años después del hecho. Aunque se considere no probado la hernia hiatal o la gastritis, sí ha demostrado que la actora padeció como consecuencia del hecho de ansiedad, angustia, insomnio, y además dermatitis nerviosa post estrés.

Además acreditó que como consecuencia del hecho se agravó su gastroenteritis crónica y esofagitis, lo cual tampoco fue ponderado adecuadamente por la jueza de grado.

Añade que la pericia médica señala que esas afecciones son una secuela lógica del accidente sufrido por sus familiares, por lo que, valorada adecuadamente la prueba producida, debe admitirse el rubro.

De igual modo, como corolario de la admisión del resarcimiento por incapacidad sobreviniente, también corresponde admitir el daño emergente y los gastos médicos futuros.

Por último también se agravia por el rechazo del daño moral y psicológico reclamado.

Entiende que la jueza minimiza los resultados de la pericia psicológica, la cual prueba las secuelas psicológicas sufridas, la modificación de su ritmo normal de vida, agravamiento de los rasgos de su personalidad, entre otros hallazgos que tornan procedente el rubro, máxime cuando todas esas secuelas persisten tres años después de ocurrido el hecho.

Además aconsejó tratamiento psicológico y psiquiátrico, todos daños que deben ser reparados.

Por otra parte, con el testimonio del Sr. Ordóñez probó la situación económica en que se vio sumida tanto ella como su grupo familiar, como consecuencia del hecho, al igual que también dio cuenta de la situación de su hija, por lo cual corresponde sea resarcida.

B.- A fs. 575/577, expresa agravios la Sra. Micaela Silvina Jara Campos respecto a lo resuelto vinculado a los autos "Jara Campos, Micaela Silvina c/Cooperativa Obrera Ltda. De Consumo y Vivienda y otros s/daños y perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual de particulares" (Expte. Nro. 507483/15).

En primer término se agravia por cuanto entiende que la jueza de grado, además de tomar el porcentaje de incapacidad física para la determinación de la indemnización reclamada por daño patrimonial (lucro cesante o incapacidad sobrevinientes) y gastos médicos futuros, debió ponderar también la incapacidad psicológica que padece como consecuencia del hecho y que debe ser objeto de resarcimiento.

Por ello pide se amplíe el monto, ponderándose lo determinado por la perito psicóloga, como así también los gastos futuros por tratamiento psicoterapéutico recomendado.

En segundo término se agravia por el monto dado en resarcimiento por daño moral, el cual considera absolutamente insuficiente y pide sea elevado de modo tal que compense en debida forma los padecimientos sufridos y las alteraciones detectadas, por lo que el rubro debería proceder por no menos de la suma de \$ 180.000,-, tal como fue reclamado en la demanda.

Por último, también se agravia de la sentencia, por el rechazo del reclamo de indemnización por daño punitivo ejercida en contra de Cooperativa Obrera de Consumo y Vivienda Ltda.

Considera que el citado rubro es procedente, dado que la accionada conocía los problemas estructurales que tenía el edificio y de la obra que se llevaba a cabo sobre ese local, sin embargo priorizó su actividad de ventas con un claro propósito de lucro, en desmedro de la salud y seguridad de los clientes. Por ello no es cierto que -a contrario de la conclusión de la a-quo- no hubiera una conducta especulativa o de desprecio a la vida humana por la que no deba responder en los términos pedidos.

Introduce la cuestión federal.

C.- A fs. 579/580 expresa agravios los co-demandados Chacras de Valentina S.R.L. y Nestor Omar Guerrero, respecto de lo que la sentencia resuelve en los autos "Jara Campos, Micaela Silvina c/Cooperativa Obrera Ltda. De Consumo y Vivienda y otros s/daños y perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual de particulares" (Expte. Nro. 507483/15).

Criticán la sentencia, por cuanto entiende que la jueza incurre en error in-iudicando al no ponderar lo manifestado por su parte al momento de impugnar la pericia médica que le dio una incapacidad definitiva del 20,5%. La perito otorgó esa incapacidad valiéndose de los antecedentes aportados por la actora, pero omitiendo considerar su estado actual y omitiendo también valorar el tiempo transcurrido por lo que carece de objetividad, certeza y rigor científico. Destacan que en el informe se observa que la parte se presentó lúcida, ubicada en tiempo y espacio, colaboró con el interrogatorio, no tenía cicatrices en cuello y cabeza y su raquis vertebral cervical se advertía normal.

En segundo término se agravia por considerar elevado el monto dado en resarcimiento por daño moral.

Argumenta su petición en lo resuelto por un fallo del TSJ, que cita.

D.- A fs. 581/582 vta. expresa agravios Federación Patronal Seguros S.A. en autos "Jara Campos, Micaela Silvina c/Cooperativa Obrera Ltda. De Consumo y Vivienda y otros s/daños y perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual de particulares" (Expte. Nro. 507483/15).

Se agravia esa parte de la sentencia, en cuanto le impone las costas en su calidad de vencida, sin especificar que su responsabilidad es en la medida del seguro y la franquicia mínima es a cargo del asegurado.

Agrega que al momento de contestar la demanda, Federación Patronal Seguros S.A., tenía afectada en exceso la suma asegurada pactada en la póliza, por lo que la falta de toda referencia a las condiciones generales y específicas suscriptas por las partes viola su derecho de propiedad al hacerla responder en la misma proporción que los demandados y, excediéndose el límite de cobertura.

Por ello pide que las costas sean impuestas en la medida del seguro.

Hace reserva del caso federal.

E.- A fs. 585/588, expresa agravios Cooperativa Obrera Limitada de Consumo y Vivienda en autos "Jara Campos, Micaela Silvina c/Cooperativa Obrera Ltda. De Consumo y Vivienda y otros s/daños y perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual de particulares" (Expte. Nro. 507483/15).

En primer término critica la sentencia de grado por haber aplicado el marco normativo de la ley 24.240 a una cooperativa, cuando en virtud del acto cooperativo excluye

toda finalidad lucrativa, pues consiste en la prestación del servicio para el cual los consumidores y usuarios organizaron la cooperativa. Los asociados reúnen simultáneamente la condición de dueños y clientes de la institución por lo que no se verifica la relación consumo/proveedor y -consecuentemente- no corresponde la aplicación del régimen especial.

Por el contrario, se rigen por una legislación propia y específica, en la cual no existe contraposición de intereses entre ella y sus asociados, ya que aquella no es sino la expresión de los consumidores organizados. Debe en consecuencia aplicarse las normas específicamente cooperativas por cuanto no existen en el caso el presupuesto que fundamenta el régimen protectorio consumeril que es la protección del consumidor ante los excesos en que pueda incurrir el proveedor en su afán de mayor lucro.

En segundo lugar critica la omisión en la sentencia del tratamiento del agotamiento de la vía intra-estaturaria, conforme al régimen especial que rige a las cooperativas. La actora debió agotar esa vía, por cuanto era su derecho-deber, conforme las pautas de aquel régimen y el estatuto de la entidad que describe en su escrito recursivo.

Por ello pide se revoque la sentencia mandando a la actora a recurrir por la vía que estima idónea.

Por último se agravia que la sentenciante rechazara la defensa interpuesta respecto de la responsabilidad, dado que como guardiana de la cosa acreditó que el nexo causal entre el hecho y el daño se interrumpió por la acción de un tercero extraño por quién no debe responder.

Si bien su parte conocía el hecho de la construcción, no podía conocer que la obra que provocó el derrumbe fuera ilegal, que no contara con los permisos habilitantes, que los cálculos de estructuras fueran

insuficientes, etc.. A ello añade que su parte no tenía ninguna obligación ni legal ni convencional de estar en conocimiento de dichos aspectos que tuvieron incidencia directa con el hecho generador del daño.

Ello rompe todo nexo causal, al mediar culpa de un tercero por el cual no debe responder, tercero que resulta extraño desde que es una persona distinta del responsable presunto y la víctima.

Es extraño, dado que más allá del contrato de concesión (que no implica relación de dependencia o subordinación alguna) no existen elemento que los vinculen de otro modo. Agrega que en el contrato de concesión el concedente asumía la responsabilidad por los daños ocasionados en el inmueble originados por fallas en la estructura del edificio.

Añade que, aun cuando se entendiera que el tercero no resulta extraño o ajeno, tampoco debe responder por cuanto existió dolo de tal tercero, que también excluye la atribución de la responsabilidad por cuanto los hechos carecerían de vinculación con las tareas encomendadas.

Mantiene el caso federal.

F.- A fs. 593/596 Cooperativa Obrera Limitada de Consumo y Vivienda contesta los agravios de la Sra. Farías Bustingorry.

Con relación al agravio referido a la incapacidad sobreviniente, debe ser rechazado por resultar erróneo el alcance y conceptualización que pretende otorgarle al monto de indemnización. No probó el rubro pérdida de integridad física y tampoco lo peticionó en su demanda. La pretensión recursiva avasalla el principio de congruencia procesal al basarse en el reclamo de un daño no peticionado en su demanda. No demandó por dermatitis nerviosa de modo tal que su atención en esta

instancia implicaría arrasar con el derecho de defensa de su parte y con todo principio de debido proceso.

La única lesión que presentaría la actora, no fue objeto de la demanda, ni tampoco se probó una debida relación causal con el hecho de marras.

La juez de grado realizó un análisis acabado del asunto, concluyendo en el rechazo del rubro, por lo que debe ser confirmado. Agrega que aun sosteniendo lo contrario el rubro no puede prosperar, por cuanto no ha existido un perjuicio económico que deba ser resarcido.

La solución contraria importaría un enriquecimiento ilícito e injustificado para la actora.

Del mismo modo corresponde el rechazo del reclamo por los gastos médicos y farmacéuticos.

Respecto del agravio por el daño moral, la recurrente se limita a transcribir los supuestos padecimientos sufridos pero no realiza ninguna referencia concreta en cuanto a la prueba de los mismos. No probó ninguna de las circunstancias disvaliosas en las que fundó el rubro, constituyendo una mera discrepancia con lo resuelto.

Agrega que la jueza de grado ha dado un profundo tratamiento al rubro peticionado, considerando todas y cada una de las circunstancias del caso y, además, que la mayoría de las supuestas conclusiones periciales son las manifestaciones que la Sra. Farias Bustingorry le realizó a la experta y no trastornos efectivamente constatados.

Siendo que la actora no resulta damnificada directa y sus familiares tampoco han sufrido daños de gravedad, por el carácter excepcional del resarcimiento pretendido, debió ser acabadamente probado el daño, máxime

cuando tal indemnización esté prevista únicamente para casos de muerte y gran discapacidad, lo que no es el caso.

Por todo ello pide se rechace el recurso de apelación de la contraria.

G.- A fs. 597/601vta. Cooperativa Obrera Limitada de Consumo y Vivienda contesta los agravios de la Sra. Micaela Silvina Jara Campos.

Respecto de la incapacidad psicológica que pretende sea indemnizada, señala que si bien la perito estableció un porcentaje de incapacidad, en la impugnación presentada por su parte se demostró que el baremo fue inadecuado y que el diagnóstico no estuvo debidamente fundado, no acreditándose el nexo de causalidad entre el hecho y el daño. La pericia se hizo seis años después del evento y se mencionan otros antecedentes traumáticos que debieron ser valorados como factores concausales.

La pericia carece de la fuerza convictiva necesaria, no posee fuerza vinculante y no es posible asignarle la eficacia probatoria que pretende la actora.

Además, la actora incumplió con la carga de probar la existencia de los daños reclamados, su causalidad con el hecho debatido y la concreta y real incidencia de tales daños, carga que no cumplió.

El daño psíquico carece de entidad independiente, pudiendo incidir en los planos patrimonial y moral. Para ser considerado en el primero, debió probar la actora la concreta incidencia que el daño le causa en su patrimonio, dado que la pretensión a indemnizar debe ser concreta y no expresada en forma genérica.

Respecto del pedido de indemnización por tratamiento psicológico, incluido en el agravio, no existe fundamentación que le de sustento.

Por todo ello pide se confirme la sentencia de grado, rechazándose el rubro de la queja.

Con relación al monto otorgado para reparar el daño moral, afirma que prudencialmente determinado por los jueces, debe guardar relación con las circunstancias del hecho, de la causa y de las partes. En autos la magistrada tuvo especialmente en cuenta las vivencias protagonizadas por la accionante, no solo en el hecho concretamente sino en su vida en relación a consecuencia del mismo, sin que ésta haya aportado algún nuevo argumento que pueda conmover tales conclusiones, por lo que entiende improcedente el recurso en éste agravio también.

Por último pide también se confirme la sentencia en tanto rechazó la pretensión de daño punitivo. Afirma que éste rubro no procede como si fuera un supuesto inescindible del daño ocasionado en una relación de consumo y que la resolución se ajusta a derecho ya que al analizar concretamente la conducta de mi poderdante excluye la aplicabilidad de los presupuestos de procedencia contenidos en la norma.

Tal como hizo la sentenciante, quedó descartado el dolo o la culpa grave en el proveedor, la condición sine qua non, para la procedencia del daño punitivo. Se trata de un instituto de aplicación restrictiva, que solo puede proceder si se constatan los extremos que la ley requiere, un grave reproche sobre la conducta del deudor.

En autos no se probó que la demandada hubiera actuado en forma intencional con dolo o con una grave

negligencia, ni tampoco que obtuviera un enriquecimiento indebido, todo ello carga procesal del actor.

Por todo ello pide se rechace el recurso de apelación de la actora en todas sus partes.

H.-. A fs. 602/605vta. Federación Patronal Seguros S.A., contesta los agravios de la Sra. Micaela Silvina Jara Campos.

Solicita en primer término se declare desierto el recurso por no cumplir la carga procesal del art. 265 C.P.C.y C.

Contrariamente a lo manifestado por la recurrente, la juez no ha valorado correctamente las pruebas rendidas en autos, específicamente la pericia psicológica, para arribar a su conclusión. Ante ello la apelante intenta incorporar en esta instancia un rubro indemnizatorio que no fue requerido en el momento procesal oportuno al intentar incluir un porcentaje de incapacidad psicológica más un tratamiento psicoterapéutico, cuando omitió solicitar el rubro indemnizatorio al momento de iniciar la acción.

En cuanto al daño moral, no es cierto que el monto dado resulte insuficiente. Para justificar esa postura, la recurrente se remite nuevamente a la pericia psicológica que obra en autos para sostener su pretensión de aumento del resarcimiento, la cual considera no es prueba esencial.

Por último también pide el rechazo del agravio relativo al daño punitivo por improcedente.

La recurrente, pretende se haga lugar al rubro fundándose en el principio de la norma más favorable para el consumidor pero claramente la jueza de grado descartó una conducta reprochable de la cooperativa, ni un beneficio injustamente obtenido por parte de la Cooperativa, ni tampoco

ha logrado demostrarse en autos dolo o culpa grave por parte de quien daña, en otras palabras, no se han presentado en autos los requisitos legales que el art. 52 de la LDC exige para hacer pasible de una multa civil a la cooperativa demandada.

Por todo ello pide se rechace el recurso de apelación de esa parte.

I.- A fs. 610/613vta. Federación Patronal Seguros S.A., contesta los agravios de la Sra. Juana Beatriz Farías Bustingorry.

Solicita en primer término se declare desierto el recurso por no cumplir la carga procesal del art. 265 C.P.C.y C.

En subsidio responde que ha quedado cristalizado en la sentencia que la actora no logró probar y acreditar los daños que alega en la demanda ni menos aún el nexo causal entre dichos daños y el accidente de autos.

Así, no probó que los daños en su salud derivaran del accidente que sufrió su hija y cónyuge. La pericia médica descarta esa pretendida relación causal.

Además pretende en esta instancia un resarcimiento por daños físicos que no fueron demandados al iniciar la acción.

No probados los daños por los que reclama, tampoco proceden los rubros daño emergente y gastos médicos futuros. Es acertado el fallo de la juez quien al no poder constatar la actora los daños físicos que alega y confirmar los supuestos gastos incurridos, rechaza la pretensión.

Lo mismo respecto del reclamo de daño moral y psíquico, ya que no logró acreditar que las víctimas -cónyuge e hija- hubiesen sufrido graves daños y que hubiesen quedado

con secuelas incapacitantes que justificara que la actora haya tenido que realizar una atención constante o cuidado permanente a ellos, ni un cambio en su vida, ni la pérdida del trabajo y actividades de su cónyuge como consecuencia del hecho, es decir, no hay pruebas en autos que acredite que la actora tuvo que salir a trabajar y menos aún que haya ocupado el rol de sostén de familia. Todos ellos hechos alegados por actora en su demanda.

Añade que esa indemnización solo puede ser reclamada por el damnificado directo, y si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos, suceso que no ocurrió en autos.

Por todo ello pide se rechace el recurso de apelación de la parte actora.

II.- A.- Ingresando al tratamiento de los recursos de apelación, comenzaré por los agravios expresados por la parte actora en éstos autos, para continuar luego con los agravios planteados contra la sentencia en virtud de la acción intentada por la Sra. Jara Campos.

La Sra. Farías Bustingorry critica la sentencia porque entiende que la jueza de grado ha ponderado de un modo erróneo la prueba producida en autos, lo que la ha llevado a tener por no acreditados los daños sufridos.

Arazi y Rojas señalan que: "En el ámbito de la valoración de las pruebas aportadas al litigio es facultad privativa del magistrado, conforme a lo establecido por el artículo 386, inclinarse por la que le parezca más conducente y le merezca mayor fe en concordancia con otros elementos de mérito que pudieran obrar en el expediente." (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo II, pág. 699, Rubinzal Culzoni Editores).

Se exige al juez un proceso lógico de razonamiento (sana crítica) y el deber de describir y explicar ese razonamiento.

Conforme lo señalan los autores citados, la sana crítica: "... Constituye un modo correcto de razonar, de reflexionar y pensar acerca de una cosa; en el caso, acerca de la prueba producida en el proceso." (Ídem, pág. 701) Este modo de razonar se vincula necesariamente con el deber de motivar las sentencias, de manera tal que la falta de valoración del material probatorio según esa regla importará la violación de éste último principio.

Y en cuanto al modo de ponderar cada medio, señalan que no puede hacerse en forma aislada: "... sino en su totalidad, pues probanzas que individualmente estudiadas pueden ser objeto de reparos, débiles o imprecisas, en numerosos casos se complementan entre sí de modo tal que unidas llevan al ánimo del juez la convicción de la verdad de los hechos. Las reglas de la sana crítica suponen la existencia de principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba y que excluyen la discrecionalidad absoluta del juzgador: los principios de la lógica y las máximas de la experiencia actúan como fundamentos de posibilidad y realidad." (Ibíd., pág. 702).

En definitiva, el juez posee libertad para apreciar el material probatorio, pero esa libertad queda circunscripta a reglas que establecen el límite de la arbitrariedad. De allí el deber de dar cuenta del modo en que el razonamiento es llevado a cabo.

Si aplicamos ese marco teórico al contenido de la sentencia en crisis observamos con claridad que la a-quo ha realizado un pormenorizado análisis del material probatorio producido en autos, detallando en forma precisa lo que cada

uno de ellos aporta a la solución arribada y explicando los motivos, en cada caso, por los cuales decide no hacer mérito del contenido de alguna prueba, todo ello partiendo de una visión de conjunto.

Así, respecto al reclamo por incapacidad sobreviniente, se observa que ha efectuado un estudio completo de la pericia médica, sus impugnaciones y las respuestas dadas por el médico a éstas para concluir que la actora no ha logrado probar que las patologías por las cuales reclamó (gastritis crónica, esofagitis grado II y hernia hiatal) sean consecuencia del hecho al que se las atribuye. Es más, y tal como lo refiere la sentenciante, el perito expresamente descartó todo nexo causal entre tales afecciones y el hecho dañoso.

Es categórico el perito al señalar que "La única patología relacionada con el evento dañoso es la dermatitis nerviosa, la gastritis es crónica y su relación directa es con la hernia hiatal. La hernia hiatal no se produce con ningún accidente, la misma produce reflujo gastroesofágico que puede producir esofagitis y además se manifiesta con acidez y/o síntomas de gastritis", y la propia Dra. Krasinsky, médica tratante, al emitir su certificado refiere tal nexo como una mera posibilidad.

La recurrente pretende ahora plantear la afección de la dermatitis nerviosa post estrés como un agravamiento de aquellas afecciones por las cuales reclamó, pero no logra demostrar la existencia de nexo causal entre una y otra, recaudo esencial ya que el perito categóricamente lo excluye. Añado a lo expuesto que el perito tampoco atribuyó esa afección cutánea al hecho, limitándose a señalar que, en función de tratarse de una patología que no tiene base en algo concreto, resulta difícil de determinar su origen, pudiendo ser factible que ese origen estuviera en el accidente.

Empero la actora no formuló reclamo de indemnización alguno por los daños que esa afección le pudiera haber ocasionado, limitándose al reclamo por aquellas que habrían sido consecuencia de gastritis crónica, esofagitis grado II y hernia hiatal, afecciones todas éstas respecto de las cuales se ha comprobado su preexistencia y, consecuentemente, la inexistencia de todo nexo causal entre las mismas y las consecuencias del accidente al cual pretendió atribuir las.

Por ello, considero ajustado a derecho lo resuelto por la jueza de grado, proponiendo al acuerdo se confirme la sentencia en éste punto y consecuentemente también el agravio respecto del daño emergente y los gastos médicos futuros directamente vinculados con aquél.

En cuanto a los agravios por el rechazo del reclamo resarcitorio por daño moral, siguiendo a Mosset Iturraspe, ese rubro debe entenderse como la modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y expresa que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (cfr. Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras en "Responsabilidad por Daños" Código Civil y Comercial de la Nación-Tomo V Daño no patrimonial a la persona-Rubinzal Culzoni Editores-pág. 119).

Al analizar el daño moral suele señalarse que se trata de un daño que no requiere prueba, sin embargo: "... La prueba es aquí, como en tantos aspectos del Derecho, capital; sin embargo, los resultados de la experiencia acerca de las reacciones humanas; las inferencias o deducciones con base en lo que es normal u ordinario y la consideración de los estados de espíritu de un hombre tipo o medio -que varía con cada sociedad, en cada estadio de su evolución- simplifican en

buena medida todo lo atinente a la prueba del daño moral.”  
(op. cit. pág. 245).

Y precisa: “... puede afirmarse, como principio base, que el daño moral debe ser probado en su existencia y gravedad. Y que esa prueba gravita sobre la víctima, que será, por lo normal el actor en la causa sobre responsabilidad. Empero, esa prueba puede producirse por presunciones hominis, extraídas de indicios, y ello es lo que acontece en un buen número de situaciones. Son los hechos mismos los que dicen de la existencia del daño moral: in re ipsa o res ipsa oquitur. Nada impide presumir, porque ello concuerda con las reglas de la experiencia, nos dice Gamarra, el dolor de los ascendientes, descendientes y cónyuge; el complejo de inferioridad del mutilado, el descrédito derivado de la difamación” (ob. cit. pág. 246).

Es por ello que entiendo asiste razón a la recurrente al agravarse del rechazo por cuanto se encuentra acreditado que como consecuencia del hecho dañoso del que resultaron víctimas su cónyuge y su hija, padeció ella una modificación disvaliosa del espíritu un sufrimiento que le causo un perjuicio anímico y así surge del informe psicológico de fs. 327/334, el que da cuenta que más allá de la existencia de concausas preexistentes en la estructura de personalidad de la actora, sus rasgos sufrieron una gran acentuación como consecuencia de aquel hecho, que no solo le generó una gran angustia por la situación vivida y el modo en que halló a sus familiares, sino que además la colocan como una víctima indirecta del derrumbe del supermercado por cuanto es a quien le tocó asumir el cuidado de las víctimas directas. Por ello resulta procedente el resarcimiento por daño moral.

Siguiendo jurisprudencia de ésta Sala en su anterior composición, hemos dicho que: “Con relación al monto de la reparación del daño moral hace ya tiempo que la Corte

Suprema de Justicia de la Nación ha dado una clara directriz rechazando las sumas simbólicas o exiguas, por considerarlas violatorias del principio alterum non laedere que surge del art. 19 de la Constitución Nacional (autos "Santa Coloma c/ E.F.A.", 5/8/1986, Fallos 308: 1.160)".

"Sin embargo, tampoco puede fijarse un monto en concepto de reparación del daño moral que, por su magnitud, desvirtúe la finalidad de esta reparación. Esto también ha sido señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que, siendo el daño moral insusceptible de apreciación pecuniaria, sólo debe buscarse una relativa satisfacción del agraviado mediante una suma de dinero que no deje indemne la ofensa, pero sin que ello represente un lucro que justamente desvirtúe la finalidad de la reparación pretendida (autos "Quelas c/ Banco de la Nación Argentina", 27/6/2000, LL 2001-B, pág. 463)".

"Rubén H. Compagnucci de Caso sostiene que "El mayor problema que suscita la reparación del daño extra patrimonial o moral es la cuantificación o medida de su indemnización".

"Es que paradójicamente uno de los argumentos centrales de quienes rechazan la categoría y su juridicidad indica el carácter arbitrario que tiene su determinación judicial".

"Nos encontramos en la zona más dificultosa de toda esta materia, ya que las teorías que sostienen su carácter resarcitorio, el importante contenido de ética que lo engloba, y la inocultable tendencia hacia la justicia del caso concreto, llevan a pretender una justa y adecuada reparación económica... Señala Pizarro, quién ha estudiado el tema con profundidad y erudición, que es preciso no confundir la valoración del daño con la cuantificación de la indemnización;

y en el caso del daño moral primero es necesario establecer su contenido intrínseco, las variaciones en el tiempo por su agravación o disminución, y el interés espiritual lesionado; luego de ello determinar su entidad en el plano indemnizatorio cuantificando la indemnización... Debo señalar que el quantum dinerario por el daño moral tiene independencia absoluta de los de orden patrimonial. Para su estimación desinteresa la existencia de ambos tipos de perjuicios, y mucho menos aparece conveniente vincularlos y dar un cierto porcentaje de uno con relación al otro... El juez posee un cierto grado de libertad en la estimación, pero ello no lo libera de tener en cuenta y consideración ciertos elementos. No es posible desconocer la gravedad del perjuicio, el que se puede observar con un importante grado de objetividad, por aquello del id quod plerunque fit, es decir lo que ordinariamente ocurre o acaece conforme a un comportamiento medio o regular”.

“El estado espiritual de la víctima es una pauta a tener en cuenta y consideración... La actuación y comportamiento del demandado, que tendría como objeción acercarse a la tesis de la pena privada, es a mi entender una cuestión que no se puede soslayar” (aut. cit., “La indemnización del daño moral. Evaluación del pretium doloris”, Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2013-3, pág. 35/38)” -cfr. autos “Billar c/ Consejo Provincial de Educación”, expte. 421.965/2010, sentencia de fecha 21/2/2017; “Castellán c/ Corbani”, expte. n° 505.828/2014, 2/11/2017, entre otros-.”

Ahora bien, trasladando estos conceptos al caso que nos ocupa, teniendo en cuenta la magnitud del padecimiento sufrido de un modo indirecto por el accidente del que resultaron víctimas directas su cónyuge y su hija, agravando sus afecciones psicológicas y alterando su normal modo de vida, habré de proponer al acuerdo fijar el monto del

resarcimiento por daño moral en la suma de pesos veinte mil (\$ 20.000,-).

En consecuencia propongo al acuerdo recomponer el litigio y hacer parcialmente lugar al recurso de apelación y a la demanda, la que prospera por la suma total de pesos veinte mil (\$ 20.000,-). Atento ello corresponde dejar sin efecto la imposición de las costas practicada en primera instancia e imponer tanto las devengadas en esa como las de ésta instancia en el 85% a cargo de la parte actora y el 15% a cargo de las demandadas.

B.- Ingresando al tratamiento de los agravios que las partes han expresado en autos "Jara Campos, Micaela Silvina c/Cooperativa Obrera Ltda. De Consumo y Vivienda y otros s/daños y perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual de particulares" (Expte. Nro. 507483/15), por una razón de índole metodológica corresponde comenzar por el tratamiento de la queja de la Cooperativa demandada, relativa tanto a la aplicación del marco normativo consumeril al acto cooperativo y consiguientemente el segundo agravio vinculado con la omisión del tratamiento del agotamiento de la vía intra-estaturaria, conforme al régimen especial que rige a las cooperativas.

Cuestiona la parte la aplicación del marco normativo de la ley 24.240 y ccs. a una cooperativa, porque afirma que el acto cooperativo excluye toda finalidad lucrativa, constituyendo la prestación de un servicio para los consumidores y usuarios.

El artículo 2 de la ley 24.240 (t.o.) señala que a los fines del sistema, es proveedor la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, las actividades que

prevé, entre los que incluye la comercialización, y como tal quedan esas personas sujetas al cumplimiento de esa ley.

Entre los elementos que definen el carácter de tal, Wajntreaub señala que "... la noción de proveedor es deliberadamente amplia para incluir todos los sujetos que actúan del lado de la oferta en el mercado. En tanto la relación jurídica de consumo se asienta en el acto de consumo, es claro que este elemento distribuye los polos activos según los que ofrecen y los que consumen bienes. La noción de proveedor se depara de las tradicionalmente utilizadas en el Derecho Privado: comprende a todos los que ofrecen; ...". (Régimen jurídico del consumidor comentado, pág. 27, Rubinzal Culzoni Editores).

De modo tal que teniendo por objeto un acto de consumo, consistente en la comercialización de bienes para tal fin (oferta en el mercado), la Cooperativa demandada no puede ser excluida del régimen especial establecido por dicha norma, la cual tiene a su vez anclaje constitucional en el artículo 42 de la Carta Magna.

Por ello, añade el autor citado que la norma contenida en el artículo 2 de la ley, coloca al país "... dentro de los que adoptaron criterios amplios para la calificación de esta parte del vínculo de consumo." (pág. 28) y del mismo modo se ha expedido la jurisprudencia al resolver que: "No puede perderse de vista la naturaleza de la entidad demandada atento a que sus principios fundantes -a diferencia de una sociedad comercial- se hallan en relación a importantes valores de solidaridad, cooperación y ayuda mutua que siempre motorizan a estas formas de sociedades cooperativas (Ley 20337/73). Paralelamente a ello, se vislumbra la necesidad de contemplar un trato digno y equitativo al usuario siendo plasmado en el artículo 8 bis de la Ley 24240 introducido por la Ley 26361 que establece: "Los proveedores deberán garantizar condiciones

de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios". Coincide así con el artículo 42 de la Constitución Nacional y 38 de la Constitución Local, que reconoce el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios "a condiciones de trato equitativo y digno"; en tal sentido, el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 estableció que toda persona tiene derecho "al reconocimiento de su dignidad", y en el año 1966 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que declararon la "dignidad inherente a la persona humana". (0.000146341, **Gutiérrez, Gaspar y otra vs. Clyfema s. Daños y perjuicios**, CCC, Dolores, Buenos Aires; 11/11/2008; Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires; 87403; RC J 8179/10) y "Corresponde condenar a la empresa de turismo demandada a resarcir los daños y perjuicios sufridos por el actor en ocasión de su viaje de egresados, al golpearse su mano derecha contra la pared mientras se encontraba jugando con sus compañeros de habitación en el hotel en que se hospedaban, toda vez que, conforme a las constancias obrantes en autos y atento a lo dispuesto por los arts. 3 y 53, Ley 24240, cabe tener por probada la relación de causalidad entre la relación de consumo y la lesión padecida por el reclamante; y siendo la obligación de seguridad que pesa en cabeza del proveedor -consistente en mantener sanos y salvos a todos los participantes del viaje estudiantil- una obligación de resultado, se presume su responsabilidad salvo que se demuestre la ruptura del nexo causal, cosa que no ocurrió. Así pues, si bien la accionada invoca como eximente el hecho del damnificado, se entiende que tal circunstancia no configura la eximente invocada dado que no es extraño a su actividad empresarial que los estudiantes adolescentes jueguen en sus habitaciones durante un viaje de egresados. Cabe agregar que, aun cuando el joven hubiese alcanzado la mayoría de edad, esta

circunstancia no le quita su condición de consumidor vulnerable en el contexto de un viaje estudiantil, donde la diversión y 'el pasarla bien' son las aspiraciones de la mayoría de los estudiantes, de allí que la condición de vulnerabilidad se acentúe y la protección que la empresa deba prestar sea mayor. La doctrina como la jurisprudencia, entienden, que en materia de consumo la 'culpa' o hecho de la víctima debe analizarse teniendo en cuenta las especiales características de los consumidores y de las relaciones de consumo, especialmente su condición de 'vulnerabilidad'." (7.14694e-05, **Cruz Flores, Emiliano Agustín vs. Cooperativa de Transporte Automotor de Servicios s. Daños y perjuicios**, 2ª CCCMPT, Mendoza, Mendoza; 03/04/2017; Rubinzal Online; 250319/52217; RC J 3293/17).

Es por ello que la recurrente, argumentando el mero carácter asociativo de la parte actora, y pretendiendo que, a partir de allí transite las vías estatutarias y del régimen cooperativo, no logra enervar las sólidas conclusiones de la sentenciante, en virtud de las cuales decide aplicar el sistema protectorio de defensa del consumidor a esa parte.

Ello por cuanto, más allá del carácter de asociado de esa parte, su concurrencia al establecimiento tuvo por objeto un acto de consumo, que por el carácter amplio del régimen normativo citado precedentemente, la constituyen en consumidora en los términos de la ley 24.240, al igual que sitúa a la cooperativa demandada en el carácter de proveedor.

Por ello es acertado concluir con la a-quo en que cuando la cooperativa se vincule con un destinatario final como proveedora, queda inserta en el régimen especial de protección al consumidor, imponiendo la solución más favorable al consumidor.

Una solución distinta, llevaría a vulnerar el derecho a la igualdad, por cuanto frente a una misma situación pondría en una posición desventajosa al asociado en comparación con un tercero que no lo fuera.

Por ello prima en la especie la relación proveedor-consumidor y en consecuencia resulta de aplicación el régimen tuitivo consumeril.

Pesa entonces sobre la accionada el deber de seguridad que consagra al artículo 5 de la ley 24.240, derivado del reconocimiento que formula el artículo 42 de la Constitución Nacional del derecho de los consumidores a la seguridad en el marco de las relaciones de consumo.

Al quedar encuadrado el caso dentro del marco establecido por la ley 24.240 tampoco puede prosperar el tercer agravio de ésta recurrente.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 40 de ese cuerpo normativo, la responsabilidad por los daños ocasionados al consumidor por el riesgo o vicio de la cosa o la prestación del servicio es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan.

Wajntraub señala que "La legislación nacional "no enumera las causales específicas de eximición, como sí lo hacen otras legislaciones que permiten mayor cantidad de "escapes" al proveedor que produce un daño. Esta omisión normativa argentina lleva a que el precepto de la LDC sea de aplicación más amplia que aquellos que sí establecen excepciones. La omisión genera duda, y la duda, interpretación de la situación a favor del consumidor"." (op. cit. Págs. 245/246).

El dueño o guardián de la cosa y el prestador del servicio solo se exime cuando la culpa del tercero sea la causa exclusiva del daño, y en su expresión de agravios la

recurrente refiere que el conocimiento de la obra por su parte -hecho que reconoce se encuentra acreditado en autos- no obsta a que se rompa el nexo causal por cuanto esa parte no podía anticipar lo que iba a suceder, mientras que, por otro lado, y por otra parte funda su queja también afirmando que el Sr. Guerrero resulta un extraño por quien la cooperativa no debe responder por cuanto no hay elementos que permitan considerarlo dependiente o tercero parte, amén que en el contrato está expresamente reconocido que la concesionaria no se responsabiliza por los daños y perjuicios ocasionados al inmueble cedido en concesión originado por fallas en la estructura del edificio.

Y por último, siempre en apretada síntesis- refiere que tampoco debe responder ante la conducta dolosa del concedente responsable.

Ahora bien, con sus fundamentos no logra rebatir las conclusiones de la jueza de grado que sellan la suerte de su recurso. Así, no desvirtúa su carácter de guardián de la cosa y como tal el deber de cuidado y su responsabilidad frente a los terceros, y es allí donde cobra relevancia su conocimiento de la obra, más aún cuando, como bien lo señala la jueza de grado, el Sr. Volpe, segundo encargado de la sucursal del supermercado reconoció que hubo comunicación informal del inicio de la obra, y añadió que constató al subir al techo que se había quitado una membrana que la empresa había colocado dado que habían tenido filtraciones, sumado al hecho reconocido en su responde de demanda que había advertido al Sr. Guerrero que en una de las columnas había pequeñas rajaduras y que sobre el sector de carnicería se había caído parte de un techo de yeso suspendido a causa de las filtraciones de agua.

A los fines de la atribución de la responsabilidad, es acertada la deducción que con tales

elementos hace la sentenciante, al concluir que a sabiendas de la construcción ejecutada en la planta superior y los inconvenientes que como consecuencia de la misma ya había padecido y que le imponía, cuanto menos el deber de tomar medidas preventivas tendientes a preservar la integridad de su personal y los clientes, por lo que no ha sido el obrar del tercero el causante exclusivo del daño.

Por último es necesario señalar que la cláusula contractual en función de la cual pretende eximirse de responsabilidad puede resultar hábil al momento de intentar una acción de regreso, pero en modo alguno resulta oponible a un tercero ajeno al contrato.

Por ello, propongo al acuerdo confirmar la sentencia en lo que resulta objeto de recurso de apelación por parte de la Cooperativa co-demandada.

C.- Corresponde a continuación el tratamiento de los agravios de la parte actora, y por los co-demandados Chacras de Valentina S.R.L. y Nestor Omar Guerrero, dado que por tratarse los mismos de la procedencia y extensión de los rubros resarcitorios reclamados y otorgados, serán tratados en su conjunto en aquellos rubros que han sido objeto de apelación por ambas partes.

La parte actora se queja porque la sentencia, al resolver otorgarle la indemnización por daño patrimonial y gastos médicos futuros no ponderó también la incapacidad psicológica que el hecho le causó, y por ende, no fue contemplada al establecer el monto resarcitorio y, consecuentemente, no amplió dicho monto.

Mientras que los citados co-demandados la critican por cuanto entienden que el porcentaje de incapacidad sobre el que se fijó el monto resarcitorio es elevado y no se

tuvo en cuenta los elementos aportados al momento de impugnar la pericia médica.

También afirma que la sentencia carece de fundamento al apoyarse en una pericia médica elaborada en base a los antecedentes aportados por la actora, y sin basarse en su estado actual, pese haberse realizado cinco años después del siniestro. Por ello sostiene que la misma carece de certeza, objetividad y rigor científico.

La escasa crítica de los co-demandados recurrentes, que se circunscribe a las afirmaciones reseñadas en los párrafos precedentes, no resultan suficientes para enervar el análisis y las conclusiones de la jueza. Ella ponderó adecuadamente la prueba pericial médica -aplicando correctamente las reglas de la sana crítica a las que hicimos alusión precedentemente- al igual que los estudios realizados luego del siniestro y que fueron aportados como prueba documental y que resultan coincidentes con la evaluación efectuada por el experto.

Del mismo modo analizó también los términos de la impugnación de los recurrentes, dando fundados motivos por los cuales decidió descartarlos y establecer el resarcimiento económico en base al porcentaje determinado por el perito médico.

Concluye la jueza de grado, además, en que la impugnación formulada carece de fundamento científico que le permita apartarse de lo dictaminado por el perito, por lo que le atribuye a el informe plena eficacia probatoria; y esa conclusión no resulta rebatida en modo alguno por los recurrentes, quienes se limitan a expresar su mera disconformidad partiendo de afirmaciones sesgadas y que en modo alguno inciden en el resultado final tales como la descripción del estado de la paciente al momento de la

evaluación médica, la utilización de los antecedentes médicos aportados como documental para la elaboración del informe y la omisión de una evaluación del estado actual de la actora, pese haber transcurrido cinco años del siniestro.

Por lo expuesto propongo al acuerdo rechazar el agravio de éstos recurrentes.

Distinta será la solución respecto de la queja de la parte actora.

La jueza de grado afirma en la sentencia que la actora no ha reclamado indemnización por el daño psíquico o psicológico, pero ello no es así.

Al formular su reclamo indemnizatorio, solicitó por el rubro el resarcimiento por el daño patrimonial (lucro cesante), ser resarcida por las secuelas de tipo físico, psíquico y estético que la incapacitan en forma permanente para el desarrollo de su actividad habitual (fs. 99 vta.), tomando como parámetro el 70,72% de incapacidad, al que dice arribar mediante la aplicación del método de Scudder, integrando en su cómputo la reacción o desorden por estrés postraumático grado III al que atribuye una incapacidad del 20% V.T.O.

En su escrito reclama la consideración de los daños psicofísicos y funcionales (fs. 81) que atribuye al hecho traumático objeto de la acción.

La incapacidad psicofísica no es resarcible por sí misma, sino que el objeto del resarcimiento son las consecuencias derivadas de dicha incapacidad y en tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que: "cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño

moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida" C821-05-02, Camargo, Martina y otros c/San Luis Provincia de y otras/Daños y perjuicios, citado por López Meza, Manual de Derecho de Daños, pág. 492/493, Editorial Bdef).

Queda entonces fuera de toda duda que el rubro fue objeto de oportuno reclamo y que resulta asimismo procedente como parte integrante del resarcimiento por lucro cesante. Resta ahora determinar el monto por el cual éste habrá de proceder.

En su informe psicológico la Lic. Reynoso Losada luego de recabar datos y antecedentes de la compareciente (anamnesis) y realizarle una batería de test, de cuyos resultados da cuenta en el informe, determina que según el Baremo de Incapacidades Neuropsiquiátricas de M. Castex y D. Silva padece de una incapacidad que alcanza el 35% con un diagnóstico de desarrollo psíquico postraumático severo, además de establecer la necesidad de una psicoterapia individual e interconsulta en psiquiatría.

El informe pericial fue impugnado tanto por la co-demandada Cooperativa Obrera Ltda. De Consumo y Vivienda (fs. 298/299), como por la citada en garantía Federación Patronal Seguros S.A. (fs. 304/305), y respondidas las impugnaciones por la profesional a fs. 307/038 y 312) donde no solo dio suficientes fundamentos de sus dichos, con descripción de las operaciones técnicas realizadas y los principios científicos en los cuales se ha fundado, sino que además, descartó que el porcentaje determinado por ella deba ser considerado como concausal aún a pesar del tiempo transcurrido, "... ya que el evento por si mismo tiene el

potencial de desestructurar psíquicamente las potencialidades defensivas de cualquier individuo”.

El baremo aplicado por la perito psicóloga, expresamente refiere en su introducción que: “Por lo expuesto es que, desde hace un par de años, en el ámbito del CIDIF, comenzó a experimentarse con el concepto de Valor Psíquico Global (VPG) o también, Valor Psíquico Integral (VPI), concebido el parámetro como la capacidad plena de un individuo, en relación con los parámetros propios de la etapa evolutiva por la cual transita (100% ideal o global). Ello conduce a desaconsejar el uso de la sigla VTO o VTV y reemplazar a estos por los primeros. También se considera que es oportuno, en todo informe pericial de evaluación, acompañar el porcentual que se determina, señalando a la autoridad judicial o institución que lo requiera en qué consiste la incapacidad, precisando aquello que el evaluado puede y no puede realizar en las diversas fases de su quehacer actual, utilizando ejemplos claros, precisos e ilustrativos (Regla de Defillippis Novoa).”

Lo señalado, no aclarado por la perito en su informe, da cuenta que no todo ese porcentaje determinado en su trabajo pericial puede ser objeto de consideración para la determinación del cuántum indemnizatorio por lucro cesante, toda vez que al referirse a un valor psíquico existencial, abarcativo de la capacidad plena de un individuo, involucra en su cuantificación otros signos o síntomas que -prima facie- no afectan en absoluto su capacidad para generar ganancias o ingresos.

Ello nos pone en la difícil tarea de determinar que porción de ese porcentaje debe admitirse como inhabilitante para el ejercicio de cualquier actividad económica que le genere una pérdida de ganancias a la actora; todo ello por cuanto, conforme se ha resuelto, “En cuanto al

daño "psíquico" o "psicológico" involucrado en la queja, tanto de los progenitores de la menor, como de ésta y de su hermana, creo necesario precisar que bajo esa denominación se visualizan dos aspectos distintos: a) el daño patrimonial derivado de la incapacidad laborativa (lucro cesante) y de los gastos de tratamiento psicológico o psiquiátrico (daño emergente pasado o futuro) tendientes a superar el trastorno o evitar su agravamiento (conf. Sala II, causa N° 8.532/94, del 3/02/04); y b) el daño moral causado en la esfera íntima de la persona por el deterioro de la salud y de la aptitud física. Se colige, pues, que no hay "autonomía" ya que ella supone una categoría de perjuicio distinta e independiente de las anteriores (conf. mi voto en la causa n° 29.969/95 fallada el 22/4/03)." (0.0020754, **Batista, Walter José y otros vs. Sanatorio Quintana S.A. y otro s. Responsabilidad médica**, CNCiv. Com. Fed. Sala III; 06/09/2005; Secretaría de Jurisprudencia de la CNCiv. Com. Fed.; 6873/1998; RC J 4891/10).

Para ello, en uso de las facultades que el ritual le confiere al juez para ponderar y meritar las pruebas rendidas en autos siempre dentro del marco de la sana crítica al que ya hemos hecho referencia precedentemente, y teniendo en cuenta que no todos los síntomas hallados y descriptos por la perito en su informe resultan susceptibles de producir una incapacidad de producción de ganancias, entre los que a modo de ejemplo podemos señalar aquellos que han generado una reducción de su vida social y restricción del grupo social de pertenencia o la imposibilidad de retomar sus estudios de danzas, habré de proponer al acuerdo tomar para el cómputo del daño patrimonial un 10% de incapacidad adicional como consecuencia de la incapacidad de ganancias que le ocasionan las secuelas psicológicas.

De ese modo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la actora y en consecuencia, y aplicando el promedio resultante de las fórmulas Vuotto y Méndez, señalar que considerando el porcentaje de incapacidad del 30,5%, la edad de la actora al momento del siniestro (23 años) y el valor del Salario Mínimo Vital y Móvil tomado por la jueza y no controvertido en autos (\$ 2.670,-), el resarcimiento por incapacidad sobreviniente asciende al total de \$ 380.890,12, con más los intereses determinados en la sentencia de grado.

Distinta será la suerte del resarcimiento pretendido en concepto de gastos futuros por tratamiento psicoterapéutico recomendado, ya que por no haber sido objeto de oportuna pretensión en la demanda, por aplicación del principio de congruencia, no pueden prosperar.

Ambas recurrentes se agravian también por el monto determinado como resarcimiento por daño moral.

La parte demandada se limita a manifestar su disconformidad con lo resuelto, y a citar un fallo del tribunal superior de justicia que data del año 2004, sin referencia alguna a la fecha de los hechos sobre los cuales se pronunció, para intentar brindar una pauta comparativa del monto resarcitorio dado, pero sin formular una crítica concreta y razonada de los fundamentos dados por la sentenciante para sostener su decisión, por lo que corresponde declararlo desierto.

Respecto del reclamo de la parte actora, corresponde aplicar en la especie, los mismos principios y argumentos ya señalados al tratar el rubro respecto de Farías Bustingorri.

Entiendo que por aplicación de aquellos principios y argumentos asiste razón a la recurrente en que el monto resarcitorio aparece insuficiente ante la magnitud del

padecimiento sufrido, tanto en el momento del hecho que por sus características y magnitud tuvo un impacto de significativa dimensión en el ánimo de la parte actora, entre los que destacamos su permanencia entre los escombros, la incertidumbre del destino de sus seres queridos que es razonable suponer le han producido profundos sentimientos de dolor, angustia y temor; como los posteriores por las lesiones físicas y psíquicas sufridas y sus secuelas, la incertidumbre respecto del resultado final de los tratamientos, todas las cuales han afectado su fuero íntimo, truncando el desarrollo personal y social que sostenía previo al hecho, considero prudente elevar ese monto resarcitorio a la suma de pesos ochenta mil (\$ 80.000,-) con más los intereses determinados en la sentencia de grado y que llegan firmes a ésta instancia.

La parte actora se agravia también por el rechazo del reclamo de indemnización por daño punitivo ejercida en contra de Cooperativa Obrera de Consumo y Vivienda Ltda. Sosteniendo su pretensión en el conocimiento que esa parte tenía de los problemas estructurales del edificio y de la obra que se llevaba a cabo sobre ese local, frente a lo cual entiende que priorizó su actividad de ventas con un claro propósito de lucro, en desmedro de la salud y seguridad de los clientes.

Coincido con la conclusión de la jueza de grado en orden a que no se encuentran reunidos en autos los presupuestos de admisibilidad para que proceda el resarcimiento pretendido.

Wajntraub, citando a López Herrera dice: "Se ha expresado que "los daños punitivos son de aplicación estrictamente excepcional. La regla es que los daños punitivos no preceden a ningún tipo de acción. No basta demostrar, por ejemplo, que se ha sufrido un daño injustamente causado por otra persona. Además en el mismo proceso hay que probar que

concurrer otras circunstancias, por ejemplo, la actitud del dañador hacia la víctima, su malicia, temeridad, o la actividad dañosa, teniendo en cuenta el mayor beneficio obtenido después de pagar las indemnizaciones." (op. cit., pág. 312).

Requiere de una falta grave, de una entidad suficiente que justifique la imposición de la sanción legal, debidamente probada. Más allá de la responsabilidad que le cupo en la producción del evento -que ha sido objeto de análisis precedentemente-, no se observa que mediara en la especie una conducta gravemente negligente o dolosa que amerite la condena especial. Tampoco se ha probado el enriquecimiento indebido por parte de la cooperativa como consecuencia del hecho.

En forma concordante se ha resuelto que: "Cabe rechazar la multa civil prevista en la Ley 24240: 52 bis. Ello así en tanto el actor que acreditó el incumplimiento contractual, no probó que la demandada hubiera actuado con dolo o con una grave negligencia. Asimismo, no se encuentra acreditada la existencia de un enriquecimiento indebido, carga que le incumbía al actor (CPCC: 377)." (0.0538462, Castañon, Alfredo José vs. Caja de Seguros S.A. s. Ordinario, CNCom Sala D; 09/04/2012; Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom.; RC J 5069/12).

En mérito a lo señalado precedentemente la sentencia de grado resulta ajustada a derecho en cuanto decide rechazar el reclamo de resarcimiento por daño punitivo, correspondiendo en consecuencia, su confirmación.

D.- Por último resta abordar el tratamiento del recurso de apelación de Federación Patronal Seguros S.A. en autos "Jara Campos, Micaela Silvina c/Cooperativa Obrera Ltda. De Consumo y Vivienda y otros s/daños y perjuicios derivados

de la responsabilidad extracontractual de particulares” (Expte. Nro. 507483/15), en el cual se agravia porque le son impuestas las costas, sin especificar que su responsabilidad en el pago de las mismas es en la medida del seguro y la franquicia mínima es a cargo del asegurado.

Si bien la jueza de grado a fs. 401 señala que la condena a la aseguradora lo es en la medida del seguro, y también lo reitera en el fallo a fs. 406, donde la condena en la medida del seguro, omitió hacer lo propio al pronunciarse sobre las costas.

López Saavedra y Facal señalan que: “El citado art. 111, en su segunda parte, establece además que si el asegurado debe soportar una parte del daño, el asegurador rembolsará los gastos y costas en la misma proporción, lo que implica la aplicación de la llamada Regla Proporcional que consagra el segundo párrafo del art. 65 de la Ley de Seguros al establecer la figura del infraseguro.” Y en nota al pie aclaran: “Es decir, cuando el valor asegurado es inferior al valor asegurable, situación ésta en la que el asegurador indemnizará el daño en la proporción que resulte de ambos valores; (...) La aplicación de la normativa prevista en este segundo párrafo del art. 111 se da cuando el reclamo del tercero excede la suma asegurada establecida en la póliza y entonces el asegurador solamente estará obligado a indemnizar hasta el límite de su suma asegurada de su póliza, más la parte proporcional de las costas y gastos judiciales aplicando el principio de la Regla Proporcional” (pág. 559) y del mismo modo lo señala Piedecasas al afirmar que “La obligación de indemnidad del asegurador se proyecta al pago de los gastos y costas judiciales y extrajudiciales que deba realizar el asegurado para resistir la pretensión del tercero” y señala entre las pautas de procedencia del pago de esos gastos y costas a la proporcionalidad respecto del seguro. (cfr.

Régimen legal del Seguro, Rubinzal Culzoni Editores. Pág. 362).

Por ello asiste razón a la aseguradora apelante, y en consecuencia las costas serán también impuestas en la medida del seguro.

III.- Por lo expuesto propongo al Acuerdo: A) En autos caratulados: "Fariás Bustingorri, Juana Beatriz c/Cooperativa Obrera Ltda. De Consumo y Vivienda y otros s/D y P derivados de la responsabilidad extracontractual de particulares" (Expte. N° 500067/2013), hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la Sra. Fariás Bustingorri, y en consecuencia recomponer el litigio disponiendo que la acción prospera por la suma total de pesos veinte mil (\$ 20.000,-) en concepto de indemnización por daño moral. Atento ello corresponde dejar sin efecto la imposición de las costas practicada en primera instancia e imponer tanto las devengadas en esa como las de ésta instancia en el 85% a cargo de la parte actora y el 15% a cargo de las demandadas y citada en garantía en la medida del seguro. B) En autos "Jara Campos, Micaela Silvina c/Cooperativa Obrera Ltda. De Consumo y Vivienda y otros s/daños y perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual de particulares" (Expte. Nro. 507483/15), rechazar el recurso de apelación interpuesto por Cooperativa Obrera Ltda. De Consumo y Vivienda, con costas, rechazar el recurso de apelación interpuesto por los co-demandados Chacras de Valentina S.R.L. y Néstor Omar Guerrero, hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora, y en consecuencia elevar el monto resarcitorio por incapacidad sobreviniente asciende al total de pesos trescientos ochenta mil ochocientos noventa con 12/100 (\$ 380.890,12), y el monto resarcitorio por daño moral a la suma de pesos ochenta mil (\$ 80.000,-), todo ello con más los intereses determinados en la sentencia de grado y que llegan

firmes a ésta instancia, hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la citada en garantía Federación Patronal Seguros S.A., y en mérito a ello disponer que la condena en costas en su contra sean impuestas en la medida del seguro.

Las costas de Alzada se imponen a las demandadas y citada en garantía (esta última en la medida del seguro).

Los honorarios por la actuación en la Alzada serán regulados en el 30% de los que correspondan para la primera instancia.

**La Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- He de disentir parcialmente con el voto del señor Vocal preopinante.

Comenzando por los agravios vertidos en autos "Farías Bustingorry, Juana Beatriz c/ Cooperativa Obrera Ltda. de Consumo y Vivienda y Otros" (expte. n° 500.067/2013), adhiero al primer voto en lo que respecta al rechazo del agravio referido a la incapacidad sobreviniente y, consecuentemente, los agravios sobre reparación del daño emergente y por gastos médicos futuros.

Pero disiento en cuanto al tratamiento del agravio por el rechazo de la indemnización por daño moral, por cuanto entiendo que la sentencia de grado debe ser también confirmada en este aspecto.

De acuerdo con la fecha de acaecimiento del hecho dañoso, el caso de autos se rige por el Código Civil de Vélez Sarsfield, tal como lo ha resuelto la a quo y llega firme a esta instancia. Y conforme el código citado (art. 1.078), la legitimación para requerir la reparación del daño moral está limitada al damnificado directo, condición que no reúne la actora Farías Bustingorry.

Al sentenciar la causa "García c/ Transporte SP S.R.L." (expte. n° 510.436/2015, 21/5/2019), sostuve: "...aún antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial que ha ampliado la legitimación para reclamar la reparación del agravio moral, existía un amplio debate en doctrina y jurisprudencia respecto de la extensión de la legitimación para requerir la reparación del daño moral a los damnificados indirectos, como es el caso de la señora Griselda Magnolia García -madre de las víctimas-.

"Conforme lo señalan Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras, *"nuestra doctrina mayoritaria se resiste a aceptar en silencio que frente a un daño moral que padece una persona viva - ajeno a la pérdida de la vida- sólo sea titular, legitimado activo, la víctima. Que se niegue acción a sus convivientes -padres, hijos, compañeros, amigos- cuando, en muchos casos, sufrirán ellos tanto o más que la propia víctima directa"* (cfr. aut. cit., "Código Civil Comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, T. "Responsabilidad Civil", pág. 114).

"Teniendo en cuenta que el justo resarcimiento del daño injustamente sufrido encuentra su base en el art. 19 de la Constitución Nacional, conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (autos "Santa Coloma c/ E.F.A.", 5/8/1986, Fallos 308:1160), entiendo que no puede negarse la indemnización del daño moral a la madre de la víctima, cuanto menos en el caso de autos.

"Es que a poco que se avance en el análisis de la situación en la que se encuentra la señora García, se advierte que debe afrontar no solamente el hecho que uno de sus hijos ha sido condenado a pasar el resto de su vida sujeto a una cama, o silla especial, sin contacto con el mundo exterior, incapacitado en un 100%, sin posibilidades de recuperación, con su proyecto de vida frustrado, sino que también debe asumir el cuidado de este hijo, vivenciando la injusticia del sufrimiento de Carlos Alberto Albajes día a día.

"En estas condiciones no se le puede negar, como lo señalé, la reparación del daño extrapatrimonial a la señora García.

"Por ende, la aplicación a ultranza de la manda del art. 1.078 del Código Civil en el sub lite deviene en una violación flagrante del principio alterum non laedere contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional.

"Jorge M. Galdós señala, comentando un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala K), que *"la doctrina y la jurisprudencia desde hace tiempo se viene ocupando activamente de la arbitrariedad e irrazonabilidad de la restricción legal del art. 1.078 Cód. Civil, y ha brindado numerosos fundamentos, especialmente al analizar los supuestos en los cuales quienes reclaman son la pareja conviviente, los padres y los hermanos.*

*"...Los adherentes a la postura restrictiva sostienen que la ampliación de la legitimación por daños morales altera la seguridad y la previsibilidad jurídica al ensanchar desmedidamente los habilitados para reclamar, lo que daría lugar a una "catarata de damnificados" o "a un semillero de juicios" (otros parientes, vecinos, amigos, socios, etc.), aumentando la litigiosidad, sobrecargando a los tribunales e indemnizando consecuencias dañosas muy extendidas, desconociendo que la legitimación por daños es una decisión de política legislativa. Estos argumentos son respondidos afirmándose que la indemnización del daño requiere la existencia de un perjuicio cierto que tenga adecuada relación causal con el hecho nocivo, lo que descarta que se puedan avalar supuestos de daños ficticios, irrisorios o con relación causal más bien difusa. No debe confundirse la legitimación por daño moral, que debe equipararse a la patrimonial (la que en el derecho comparado, por caso en Francia, no ha dado lugar a mayores problemas) con la prueba concreta del daño porque el damnificado indirecto debe probar el perjuicio espiritual extrapatrimonial que debe ser significativo. Por otra parte debe mirarse a la víctima y no al dañador y no se afectaría el desenvolvimiento económico normal ya que hoy está muy difundido el seguro para afrontar los daños y además los damnificados indirectos acumularían sus pretensiones a las del directo, en el mismo expediente y con sentencia única, lo que no gravitaría en contra del funcionamiento de la justicia..*

*"...Por un lado, una sólida corriente entiende que la exclusión de los damnificados indirectos, en principio, en sí misma y a priori, es inconstitucional aunque se diferencian las situaciones de las distintas víctimas indirectas, y sus realidades existenciales y vivenciales. Otra postura, que podría calificarse de intermedia –y en la que nos enrolamos–, sostiene que frente a la regulación legal no puede afirmarse siempre una inconstitucionalidad in abstracto y que corresponde discriminar las distintas situaciones del damnificado, las concretas circunstancias del caso, distinguiendo entre legitimación y prueba. A este criterio hemos adherido antes... (cfr. aut. cit., "La legitimación de padres y hermanos por daño moral en importante precedente", LL AR/DOC/1173/2014)".*

Conforme lo desarrollado en el precedente citado y compartiendo los postulados de la postura intermedia, corresponde analizar en cada caso concreto si la limitación que impone el art. 1.078 del Código Civil deviene inconstitucional, y adelanto opinión que la conclusión, en autos, es negativa.

En efecto, la actora reclama por el daño moral sufrido como consecuencia de que su esposo y su hija estaban en la sede de la cooperativa demandada en el momento del derrumbe, y por las consecuencias que ese hecho ha tenido en ambos.

Ahora bien, la actora relata en su demanda que se enteró de lo ocurrido porque su marido la llamó por teléfono, para decirle lo que había sucedido y que tanto él como la hija estaban bien; que se dirigió inmediatamente al lugar donde funciona el supermercado y que los encontró sentados en el cordón de la vereda; que los trasladaron al Hospital Heller, dándosele de alta a su hija ese mismo día a las 23,00 horas, y quedando su marido internado unas horas más.

Luego, y conforme ha sido precisado por la jueza a quo, tanto el cónyuge como la hija de la demandante sufrieron lesiones leves: el marido, politraumatismos y herida cortante en el cuero cabelludo, que le impidieron trabajar durante siete días; y la hija, lesiones leves en el cuero cabelludo. Ninguno de ellos requirió de internación prolongada, o presentan secuelas incapacitantes que requieran del cuidado permanente de la accionante.

Analizada la prueba rendida en la causa encuentro que le asiste razón a la jueza de primera instancia en orden a que la actora no ha acreditado las graves alteraciones de la vida familiar que denuncia en su escrito inicial. Ciertamente es que de la prueba testimonial surge que el marido de la actora perdió el trabajo que tenía, pero no existe prueba que vincule esta pérdida de naturaleza laboral con el hecho dañoso, como tampoco se ha probado que la reclamante tuviera que comenzar a trabajar como consecuencia de las lesiones sufridas por su cónyuge.

Consecuentemente no se encuentra acreditada la existencia de un daño físico y/o psíquico en los parientes de la actora (marido e hija) de suficiente entidad como para considerar que la limitación del art. 1.078 del Código Civil deviene en inconstitucional por impedir la reparación de un daño injustamente sufrido.

Pongo el acento en la entidad del daño que padece la víctima directa, por cuanto este extremo es requerido por la doctrina en la que me enrolo, conforme ya lo señalé, y también porque, tal como lo sostiene la jueza de grado, la extensión de la legitimación activa al damnificado indirecto para reclamar el daño moral, el nuevo Código Civil y Comercial la habilita para los supuestos de muerte o gran discapacidad del damnificado directo (art. 1.741), que no es el caso de autos.

Jorge Mario Galdós, comentando la manda del art. 1.741 citado, señala que la nueva codificación circunscribe la legitimación activa sólo al damnificado directo del hecho nocivo, con exclusión del indirecto; pero “Se establecen dos excepciones que autorizan el reclamo del damnificado indirecto: en caso de fallecimiento de la víctima o de gran incapacidad, supuesto este último que alude a las denominadas grandes discapacidades, en las que la incapacidad permanente es muy severa, del orden del 75% o más” (cfr. aut. cit., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. VIII, pág. 502).

Como vemos, el legislador ha insistido en limitar la legitimación activa para el reclamo del daño extrapatrimonial, a la vez que la habilitación para el damnificado indirecto -tal el caso de la actora de autos-requiere de daños graves en la persona de la víctima directa; extremo que también se requería por doctrina y jurisprudencia durante la vigencia de la legislación anterior a efectos de tachar de inconstitucional la norma del art. 1.078 del Código de Vélez.

Conforme lo dicho es que he de propiciar el rechazo del recurso de apelación de la actora Farías Bustingorry y la confirmación a su respecto del fallo de primera instancia.

II.- En lo que refiere a los agravios vertidos en la causa “Jara Campos, Micaela Silvina c/ Cooperativa Obrera Ltda. de Consumo y Vivienda y Otros” (expte. n° 507.483/2015), adhiero al primer voto en cuanto confirma la aplicación de la ley 24.240 al sub lite, descartando la existencia de un acto cooperativo y la obligación de agotar la vía estatutaria.

Y, si bien adhiero a la solución propiciada en torno de la responsabilidad de la cooperativa demandada, lo hago por los siguientes argumentos.

El edificio donde funcionaba la sucursal del supermercado de la cooperativa demandada no era ni riesgosa ni viciosa, sino que, por el contrario, era apto para el desarrollo comercial de la actividad de la accionada (supermercado), en condiciones de seguridad.

Quienes ocasionan el daño, provocando el derrumbe de la losa del edificio, son los restantes codemandados al realizar sobre el techo del edificio una construcción indebida e ilícita, que colapsó la edificación.

Las VII Jornadas de Derecho Civil resolvieron que los sujetos que menciona el art. 40 de la LDC se liberan total o parcialmente de responsabilidad acreditando: a) el caso fortuito extraño a la empresa; b) la culpa de la víctima; y c) el hecho del tercero por quién no se debe responder (cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, "Consumidores", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, pág. 537).

En autos, la eximente de responsabilidad alegada por la recurrente se focaliza en el hecho del tercero por quién no se debe responder.

Ello determina que tanto en el marco de la ley 24.240 -régimen legal aplicable en tanto se entendió que existía un acto de consumo-, como a la luz de la manda del art. 1.113 del Código Civil -conforme se ha hecho en la sentencia recurrida-, la situación es la misma, por cuanto ambas normas contemplan como eximente de responsabilidad que haya existido el hecho de un tercero por el cual no se debe responder.

No estoy de acuerdo -tal como ya lo señalé- con la afirmación de la a quo respecto a que la cosa -edificio- era viciosa.

De acuerdo con la definición que de "vicio de la cosa" ha dado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aquél

es “un defecto de fabricación o funcionamiento que la hace impropia para su destino normal” (autos “O’Mill c/ Provincia del Neuquén”, 19/11/1991, Fallos: 314:1512; “Machicote c/ Empresa Rojas S.A.”, 28/4/1992, DT 1993-A, pág. 555; “Castro c/ Amadeo Quiroga Transportes S.A.”, 4/10/1994, JA 1995-I, pág. 367), por lo que no advierto que el inmueble (local comercial) del cuál la cooperativa demandada era guardiana fuera vicioso, en tanto era apto para la actividad comercial que en él se desarrollaba.

El vicio lo tuvo la construcción que emprendió el propietario del local comercial, la que se asentó sobre un inmueble que no estaba en condiciones de soportar el peso de los departamentos proyectados y en curso de ejecución.

Si los propietarios del inmueble no hubieran emprendido tamaña construcción, de forma irregular y sin realizar los estudios previos pertinentes, el techo del salón comercial no hubiera colapsado.

Conforme lo explican Jorge M. Galdós y Ezequiel Valicenti, respecto del “...daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, la doctrina entendía que esta categoría comprendía cuatro supuestos diferentes: 1) los daños causados por cosas que son, por su propia naturaleza, riesgosas o peligrosas, es decir cuando conforme a su estado natural, pueden causar un peligro a terceros; 2) los daños causados por el riesgo de la actividad desarrollada mediante la utilización o empleo de una cosa que, no siendo riesgosa o peligrosa por naturaleza, ve potenciada esa aptitud para generar daños por la propia conducta del responsable que multiplica, aumenta o potencia las posibilidades de dañosidad; 3) los daños causados por actividades riesgosas, sin intervención de cosas; 4) los daños causados por las responsabilidades y por los riesgos agravados –vgr. residuos peligrosos (ley 24.052), por daños nucleares (leyes 17.048 y 25.313), la del propietario de una mina (art. 58, Código de Minería), los provocados por el transporte aéreo nacional (ley 17.285), entre otras-” (cfr. aut. cit., “Principios generales de la responsabilidad objetiva por riesgo”, LL 2016-F, pág. 975).

Insisto, el inmueble donde funcionaba la sucursal del supermercado era apto para su destino normal,

interviniendo sobre él la actividad de los propietarios del edificio, del arquitecto y del capataz de la obra, para tornarla en peligrosa o riesgosa. Consecuentemente el caso de autos se encuadra en el segundo supuesto de los enumerados por Galdós y Valicenti.

Ahora bien, en principio, aparecería incuestionable la eximente de responsabilidad esgrimida por la cooperativa demandada por cuanto existe un tercero (ajeno a la guardiana y a la víctima), que emprendió una actividad que tornó en riesgosa y peligrosa la edificación donde funcionaba el supermercado.

Sin embargo, debemos volver al régimen de la ley 24.240 -de orden público-, que es el que habilita la condena de la demandada recurrente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha delineado conceptos respecto de esta eximente -hecho del tercero por quién no se debe responder-, obligando a conjugar la previsibilidad y la obligación de seguridad, cuando se trata de consumidores y usuarios. Así, en autos "Maules c/ Unidad de Gestión Operativa de Emergencias S.A." (11/12/2014, LL 2015-A, pág. 9) la Corte sostuvo: "Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda por indemnización de los daños que había sufrido la actora en su ojo izquierdo mientras viajaba en una formación ferroviaria como consecuencia del impacto de una piedra lanzada por un individuo desde fuera del tren ya que no puede soslayarse que el deber de la empresa demandada de extremar al máximo las precauciones para evitar situaciones de riesgo para los usuarios no fue un tema debidamente evaluado por la Cámara...La interpretación de la obligación de seguridad que tiene causa en el contrato de transporte de pasajeros debe ser efectuada con sustento en el derecho a la seguridad previsto para los consumidores y usuarios en el art. 42 de la Constitución Nacional; la incorporación del vocablo seguridad en la Carta Magna es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso: la vida y la salud de los habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos".

Trasladando los conceptos antedichos al caso de autos, y más allá de la ajenidad de los dueños y constructores de la obra respecto de la cooperativa demandada, existieron advertencias respecto de las consecuencias dañosas de la construcción sobre la planta baja del edificio, señaladas por la a quo en su fallo, concretamente el desprendimiento de parte del cielo raso en un sector del local comercial y la aparición de pequeñas rajaduras en una de las columnas interiores del local que debieron haber alertado a la cooperativa demandada sobre la posibilidad de que se provocaran daños a las personas que concurrían al supermercado. Es por ello que, en cumplimiento del deber de seguridad impuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional y por el art. 5 de la LDC, debió la propietaria del supermercado extremar las medidas -conforme lo exige la Corte Federal- para salvaguardar la integridad psicofísica de los consumidores, asistentes a su local comercial, no siendo suficiente a tal fin que personal de la cooperativa demandada subiera al techo para verificar lo que estaba sucediendo, sino que debió requerir del propietario de la obra la documentación pertinente a efectos de conocer si ella estaba autorizada y se desarrollaba en condiciones de seguridad para el local comercial y, en su caso, requerir la intervención de las autoridades pertinentes.

Por lo hasta aquí dicho es que propicio, al igual que mi colega de Sala, la confirmación del fallo de grado en cuanto condena a la cooperativa recurrente.

IV.- Adhiero al primer voto en lo que refiere al rechazo de los agravios formulados por los codemandados Chacras de Valentina S.R.L. y Néstor Omar Guerrero, como así también respecto de la desestimación de la queja referida al daño punitivo, planteada por la parte actora.

Pero disiento respecto del acogimiento de la reparación por daño psíquico.

En autos “De Laurentis c/ Moreno” (expte. n° 390.658/2009, 19/4/2016) y “Rosales c/ Gallardo” (expte. n° 508.770/2015, 17/10/2019), entre otros, me he expedido respecto de la falta de autonomía del daño psicológico o psíquico, en orden a su reparación, sosteniendo, en adhesión al voto de quién fuera mi colega de Sala, que: *“...El daño psíquico no tiene entidad autónoma distinta del daño material y moral. Además de generar daño moral por lesionar la espiritualidad del sujeto, que es lo que se repara con la indemnización por daño moral, puede ocasionar lucro cesante si afecta la capacidad para obtener ganancias en una actividad lucrativa. Cuando ello no ocurra se trata de un daño extrapatrimonial que debe considerarse para la fijación del daño moral (Cfe. CNCiv., Sala G 22-3-95, DJ del 7-2-96). Si bien no se desconoce la existencia de posturas contrarias a la aquí expuesta, destaco que esta Cámara no las comparte (PS.-94-I-157-Sala II). Es que debe tenerse en cuenta que el hombre es un compuesto de cuerpo y alma pero que no interviene un tercer componente y que, la psiquis, en definitiva constituye una manifestación de su espíritu cuyas lesiones se encuentran compensadas por el daño moral.”* (OBS. DEL SUMARIO: P.S. 1996 -III- 421/427, SALA II, CC0002 NQ, CA 932 RSD-421-96 S 4-7-96, Juez GIGENA BASOMBRIO (SD), CABRERA RAMON CARLOS c/ EMPRESA EL ÑANDU S.R.L. Y OTRO s/ DAÑOS Y PERJUICIOS, MAG. VOTANTES: GIGENA BASOMBRIO – GARCIA).”

*“En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala I, al indicar en la causa sentenciada el 15 de diciembre de 2015, expediente N° 398329/2009: “según insistimos más adelante, emplazar un daño psíquico, estético u otro biológico como resarcible per se, con abstracción de secuelas vitales, conduciría a automatizar las indemnizaciones, que se fijarían sin más, según la gravedad intrínseca de la patología, pero ignorando indebidamente como incide en la situación concreta de la víctima... (cfr. ZAVALA de GONZÁLEZ Matilde, Relevancia cuantitativa del daño, RCyS 2012-II,95)”. (cfr. MONSALVEZ GABRIELA ELIZABETH C/ SANTAMARINA RAUL HORACIO Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE”, EXP N° 395793/9. Ver también criterio de esta Sala en “PARRA MATIAS c. VICTORIA ZAMORA ESTEBAN s/ D.Y P.”, EXP N° 411950/10, “BARAVALLE MIGUEL c. DELGADO ACUÑA JORGE S/ D. y P., EXP N° 351035/7, “JARA JAIME c. NAVARRO RUBEN S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL” (EXP N° 321577/5).*

*“Como se observa, la comprensión del tema exige recurrir a una distinción: la lesión –en el caso, detrimento psicológico- y sus consecuencias, patrimoniales o morales. Estas*

*últimas configuran, propiamente, el daño resarcible y sus especies. Debe discriminarse la materia afectada por el hecho y la materia sobre la cual versa el resarcimiento, la cual consiste en un resultado de aquélla (cfr., ob. cit., p. 257).*

*“En esta línea, como ha señalado la Sala II: “el daño psíquico y otros cuya autonomía parte de la doctrina reclama -los daños estéticos, sexuales, “al proyecto de vida”- encuentran adecuada proyección al ámbito de lo patrimonial o de lo moral, sin que para su justa compensación se requiera su conceptualización autónoma.*

*“Así: “La pretendida autonomía de estas categorías deviene (en nuestra opinión) de una incorrecta valoración del concepto de daño, ya que apunta a la entidad de los bienes menoscabados más que a los intereses conculcados y, especialmente, a las consecuencias que genera la lesión” (“Daño Moral” Ramón Daniel Pizarro- Hammurabi- pág. 71)....” (cfr. autos “Defrini” 19/08/2008)”.*

*“Esta posición también es sustentada por la jurisprudencia y por la mayor parte de la doctrina.*

*“La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha sostenido que la lesión a la psiquis no constituye un perjuicio autónomo y distinto de la incapacidad sobreviniente, pues se trata, en ambos casos, de lesiones que producen una merma en la capacidad del sujeto para realizar actividades patrimoniales mensurables, siendo esta disminución lo que en definitiva constituye el daño resarcible (cfr. Sala A, “D., L.E. c/ K., S.D.”, 31/8/2015, LL AR/JUR/35793/2015).*

*“En igual sentido, José Luis Correa explica que “El daño psíquico es una lesión, una perturbación patológica de la personalidad de la víctima que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio preexistente. Comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros, pero, sea como situación estable o bien accidental y transitoria, implica en todo caso una faceta morbosa, que perturba la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual y de relación...En materia resarcitoria, el daño psicológico reconoce autonomía conceptual pero no independencia resarcitoria, es decir, no involucra la existencia de un tercer género de daños aparte de las dos categorías reconocidas de daños patrimoniales y extrapatrimoniales (cfr. aut. cit., “Accidente entre automóvil y bicicleta. Responsabilidad objetiva. Reparación plena. Intereses moratorios”, LL AR/DOC/2757/2019)”.*

*En autos, no se conoce que consecuencias patrimoniales ha tenido la afectación psicológica de la demandante, y a tal punto ello es así que, conforme lo pone de*

manifiesto la a quo en su sentencia, no se encuentra probado si la actora trabajaba en oportunidad del hecho dañoso y de qué tipo de trabajo, en su caso, se trataba. Tal ausencia de prueba obligó a la jueza de grado a utilizar el salario mínimo, vital y móvil para cuantificar la reparación por la incapacidad sobreviniente.

Este déficit en la prueba impide también conocer si la afección psíquica de la accionante trasciende a la esfera laboral o de capacidad de ganancia de la actora, más aún cuando el informe pericial psicológico siempre alude a consecuencias sobre la vida social y de relación de la víctima.

Ello no quiere decir que el sufrimiento psicológico de la actora no sea resarcido, pero no puede ser otorgado -tal resarcimiento- en la categoría de daño patrimonial, sino que corresponde lo sea a través del daño no patrimonial.

Y aquí encuentro atendible el agravio de la parte actora referido a la insuficiencia del importe fijado en la primera instancia para reparar el daño moral.

Teniendo en cuenta que la demandante quedó atrapada entre los escombros, donde permaneció durante aproximadamente cinco horas, con riesgo de vida, y las secuelas psicológicas tenidas, las que influyen sobre su vida social, tratándose éste último de un daño consolidado, es que entiendo que el monto fijado en la instancia de grado para la reparación del daño no patrimonial (\$ 50.000,00) es insuficiente, proponiendo elevarlo a la suma de \$ 100.000,00 -considerando valores del año 2012-.

V.- En lo que refiere a la apelación de la compañía de seguros adhiero al voto del señor Vocal preopinante.

VI.- En consecuencia, propongo al Acuerdo: a) rechazar el recurso de apelación de la parte actora en el expediente n° 500.067/2013 y confirmar el resolutorio recurrido; imponiendo las costas de segunda instancia a la actora vencida (art. 68, CPCyC); b) rechazar los recursos de apelación interpuestos por los demandados en el expediente n° 507.483/2015, y hacer lugar al recurso planteado por la aseguradora Federación Patronal Seguros S.A. y, parcialmente, al formulado por la parte actora. Por ello se modifica parcialmente el resolutorio recurrido, en lo que a este expediente refiere, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 364.000,00, y haciendo saber que la aseguradora Federación Patronal Seguros S.A. responde por las costas en la medida del contrato de seguro, confirmándolo en lo demás que ha sido motivo de agravio. Las costas por la actuación en segunda instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido se imponen en un 80% a los demandados y en un 20% a la parte actora (art. 71, CPCyC), con excepción de las generadas por la apelación de la aseguradora que se imponen en el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC).

Regulo los honorarios por la labor ante la Alzada de la siguiente forma: 1) Expediente n° 500.067/2013: 3,36% de la base regulatoria para la Dra. ...; 4,8% de la base regulatoria para el Dr. ... y 1,92% de la base regulatoria para el Dr. ..., todo de conformidad con la manda del art. 15 de la ley 1.594. 2) Expediente n° 507.483/2015: 6,72% de la base regulatoria para el Dr. ...; 2,2% de la base regulatoria para el Dr. ... y 5,27% de la base regulatoria en conjunto para los Dres. ... y ..., todo conforme lo reglado por el art. 15 de la ley 1.594.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con **el Dr. Fernando GHISINI**, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la **Dra. Patricia CLERICI**, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto, esta **SALA II, POR MAYORIA**

**RESUELVE:**

**I.-** Modificar parcialmente la sentencia dictada el día 13 de diciembre de 2019 (fs. 513/552) en lo que respecta al expediente n° 507.483/2015 fijando el capital de condena en la suma de \$ 364.000,00, y hacer saber que la aseguradora Federación Patronal Seguros S.A. responde por las costas en la medida del contrato de seguro, confirmándola en todo lo demás que ha sido motivo de agravio.

**II.-** Imponer las costas de segunda instancia del expediente n° 500.067/2013 a la actora vencida (art. 68, CPCyC), y respecto del expediente n° 507.483/2015, en un 80% a los demandados y en un 20% a la parte actora (art. 71, CPCyC), con excepción de las generadas por la apelación de la aseguradora que se imponen en el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC).

**III.-** Regular los honorarios por la labor ante la Alzada de la siguiente forma: 1) Expediente n° 500.067/2013: 3,36% de la base regulatoria para la Dra. ...; 4,8% de la base regulatoria para el Dr. ... y 1,92% de la base regulatoria para el Dr. ..., todo de conformidad con la manda del art. 15 de la ley 1.594; 2) Expediente n° 507.483/2015: 6,72% de la base regulatoria para el Dr. ...; 2,2% de la base regulatoria para el Dr. ... y 5,27% de la base regulatoria en conjunto para los Dres. ... y ... (art. 15 de la ley 1.594).

**IV.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente y déjese nota del dictado de la presente sentencia en la causa acumulada. En su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

**Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO - Dr. FERNANDO GHISINI**  
**Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria**