

Voces: ACCIDENTE EN LOCAL COMERCIAL - PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - RELACIÓN DE CONSUMO - DAÑOS Y PERJUICIOS - INDEMNIZACIÓN - DAÑO MATERIAL - INCAPACIDAD SOBREVINIENTE - GASTOS MÉDICOS - GASTOS DE FARMACIA - DAÑO PSÍQUICO - DAÑO MORAL - INTERESES

Partes: G. R. D. y otro c/ Arcos Dorados Argentina S.A. y otro | daños y perjuicios

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala/Juzgado: J

Fecha: 30-ago-2012

Cita: MJ-JU-M-74763-AR | MJJ74763

Producto: MJ

Se hizo lugar a la demanda y se condenó a la empresa de comidas rápidas demandada a indemnizar los daños que sufrió un menor de tres años jugando en un “pelotero” ubicado en uno de los locales mientras sus padres comían, pues no procede la pretendida omisión de cuidado de los progenitores, que tampoco hubiera garantizado evitar el perjuicio.

Sumario:

- 1.-Corresponde hacer lugar a la demanda y condenar a la empresa de comidas rápidas demandada a indemnizar los daños sufridos por un menor mientras jugaba en un pelotero de uno de sus locales -cuando sus padres comían-, pues en virtud de la relación de consumo que unía a las partes era deber de la demandada extremar los recaudos para que la utilización de dicho juego sea absolutamente seguro para sus usuarios.
- 2.-Queda enmarcado en la órbita del derecho del consumidor , el caso en el cual resultó accidentado un menor mientras jugaba en el pelotero de uno de los locales de la demandada, pues en dicho lugar los juegos están para el aprovechamiento por parte de los clientes, el consumo de los productos que comercializa es absolutamente necesario para poder utilizarlos, es decir, son ofrecidos a los potenciales consumidores con un claro propósito comercial o finalidad lucrativa.
- 3.-En el caso, resulta determinante que los autorizados a utilizar los juegos que se encuentran en los locales de la demandada sean los niños a partir de los 3 años, precisamente la edad del menor accidentado en autos, por lo que éste se lastimó utilizando juegos que estaba permitido que utilizara, de allí que la imputatio juris no requiera demostración de vicio alguno sino -únicamente- la relación de causalidad material, por lo que la efectiva mecánica del siniestro se desprende claramente de lo declarado por los testigos presenciales.

4.-No resulta óbice la temprana edad del menor, pues estaba prevista la participación en el pelotero de niños de dicha edad, y se encontraba autorizada expresamente la utilización simultánea y mancomunada de infantes de muy distintas edades.

5.-Resulta exigible a la demandada brindar el servicio correspondiente que coadyuve a evitar que los consumidores sufran daños, y debe hacerlo de manera profesional a tenor de su estructura organizacional, teniendo en cuenta incluso que un niño puede sufrir daños en apenas segundos sin dar tiempo a que sus padres o los empleados puedan evitarlos, riesgo que en definitiva el sistema atribuye o traslada a la empresa, la que está precisada en todo caso, sin excepción, a brindar instalaciones que garanticen la integridad de los consumidores.

6.-En el caso, no se encuentra mérito suficiente para trasladar los riesgos que pesan sobre el empresario a cabeza de los padres por una pretendida omisión de cuidado que, además de resultar en ocasiones impracticable, tampoco hubiera garantizado evitar el perjuicio.

7.-La prueba de la relación de causalidad adecuada pesa sobre quien reclama la reparación del daño, tanto en la órbita contractual como extracontractual, es una consecuencia lógica de los principios que regulan la carga de la prueba en materia procesal, que ponen en cabeza de quien alega la existencia de un derecho la demostración de los hechos constitutivos de su pretensión.

Buenos Aires, a los 30 días del mes de agosto de 2012, reunidas las Señoras Jueces de la Sala "J" de la Excma.Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a fin de pronunciarse en los autos caratulados: "G., R. D. y otro c/ Arcos Dorados Argentina S.A. y otro s/ daños y perjuicios"

La Dra. Beatriz A. Verón dijo:

1.1.- Contra la sentencia de primera instancia obrante a fs. 444/452 se alzan las partes y expresan los agravios que lucen a fs. 485/491 (demandada), fs. 493/499 (citada) y fs. 501/502 (actora), mientras que la única contestación es de la demandada y se encuentra agregada a fs. 515/519.

Corrido que fuera la vista al Ministerio Público de la Defensa, formula su queja a fs. 509/513.

1.2.- Arcos Dorados comienza por criticar la ponderación de la prueba practicada en torno a la relación causal, concretamente, la demostración de la efectiva ocurrencia del evento en los términos denunciados en el escrito de demanda.

Luego cuestiona el rechazo de su requerimiento de aplicación de la sanción normada por el art. 45 del rito por temeridad y malicia.

Seguidamente, pone de resalto que no se demostraron daños físicos resarcibles y por tanto reclama su rechazo, así como también impugna con parecidos argumentos la fijación de una suma resarcitoria por gastos de tratamiento kinesiológicos.

1.3.- La citada, por su parte, también se agravia de lo resuelto sobre la atribución de responsabilidad. Practica consideraciones de similar naturaleza a las de la demandada, considera que no ha sido demostrado el deficiente estado del pelotero, extremo que interpreta determinante y que a su criterio impone el rechazo de la demanda.

A continuación, a todo evento y de manera por demás sintética y carente de la debida fundamentación, también cuestiona la valoración de la prueba producida en torno a los daños físicos.Después, dedica

largos párrafos a desarrollar su queja en torno a los intereses establecidos, los que reclama no se computen a la tasa activa.

Por último, solicita que en caso de rechazarse la demanda o distribuirse la responsabilidad, las costas sean impuestas en su consecuencia.

1.4.- La actora, a su turno, también dirige su crítica inicial a la cuestión sustantiva, y muy escuetamente sostiene que se presume la responsabilidad del dueño y guardián a tenor de lo normado por el art. 1113 del CC en base a lo que interpreta que la demanda debe ser acogida in totum.

Luego, respecto a los daños, practica agravios lacónicos y carentes de la debida fundamentación como exige el art. 265 del CPCCN y que tornan aplicable lo dispuesto por el art. 266 del mismo cuerpo legal al considerar escasas las sumas establecidas por los distintos daños patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos.

1.5.- La Defensora de Menores, finalmente, hace lo propio en materia de atribución de responsabilidad. Estima que la demanda debe progresar íntegramente pues la demandada es la propietaria de los juegos existentes en el local donde se produjeron los daños (cita el art. 1113 del C.C.) y por haber incumplido la tácita "obligación de seguridad"

A continuación, respecto a los montos indemnizatorios establecidos, reclama que sean elevados a tenor del resultado de las pruebas producidas, tanto respecto del daño físico, como del psíquico y del moral.

Por último, reclama que la totalidad de las costas sean impuestas a la demandada.

2.- La responsabilidad

2.1.- Abordaré en primer lugar los cuestionamientos formulados por cada apelante sobre el fondo del caso sub examine. Al respecto, en grado de adelanto y por las razones que paso a desarrollar, propiciaré modificar lo resuelto en la anterior instancia y responsabilizar in totum a "Arcos Dorados".

2.2.- En efecto, por lo pronto cabe señalar que seguiré a los recurrentes en las alegaciones que sean conducentes para decidir este conflicto (C.S.J.N., Fallos:258:304; 262:222; 265:301; 272-225, entre otros) pues no es deber del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas sino aquellas que estime apropiadas para resolver el caso (CSJN, Fallos: 274:113; 280:3201; 144:611), razón por la cual me inclinaré por las que produzcan mayor convicción, en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa. En otras palabras, se considerarán los hechos que Aragonesez Alonso llama "jurídicamente relevantes" (su ob., *Proceso y Derecho Procesal*, Aguilar, Madrid, 1960, pág. 971, párrafo 1527), o "singularmente trascendentes" como los denomina Calamandrei ("*La génesis lógica de la sentencia civil*", en *Estudios sobre el proceso civil*, p. 369 y ss.).

2.3.- Como he decidido con anterioridad (ver mis votos en autos "Burcez, Elizabeth Graciela c/ Aguas Argentinas S.A s/ Ds. y Ps.", Expte. N° 115.335/2005, del 22/4/2010; ídem, "Bay, Roberto Antonio c/ GCBA s/ Ds. y Ps.", Expte. N° 66.857/02, del 23/10/07; ídem, "Rodríguez Saldivar, Pedro Cayetano c/ Ttes. Aut. Riachuelo S.A. (Línea 100) s/ Int. Presc.", Expte. N° 64.480/2002, del 22/03/07, entre otros) la prueba de la relación causal, cuando menos en su fase primaria o puramente material, incumbe a su pretensor, lo que resulta una simple aplicación del principio que fluye del art. 377 del CPCCN (Brebba, Roberto, *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, 1979, p. 141; Vázquez Ferreyra, Roberto, *Responsabilidad por daños. Elementos*, Depalma, 1993, ps. 226-30; Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo, pág. 269).

Es cierto que la tendencia en materia de derecho de Derecho de daños es aligerar la carga de la prueba

en beneficio de las víctimas, por ejemplo, a través de presunciones de responsabilidad, de culpa, e incluso (en un plano subjetivo) la teoría de las "cargas probatorias dinámicas" se encuentra en la misma línea, todas son manifestaciones del carácter tuitivo del sistema. Además, para su concreción tampoco se distingue que la génesis del crédito se encuentre en el incumplimiento del pacta sunt servanda o derechamente en la violación del *neminem laedere* pues lo relevante es la indemnización del daño "injustamente sufrido".

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que lo apuntado no alcanza a enervar el régimen probatorio en materia de "relación de causalidad" en los términos señalados, sustento primero del reclamo indemnizatorio, pues la prueba de la relación de causalidad adecuada pesa sobre quien reclama la reparación del daño, tanto en la órbita contractual como extracontractual. Es una consecuencia lógica de los principios que regulan la carga de la prueba en materia procesal, que ponen en cabeza de quien alega la existencia de un derecho la demostración de los hechos constitutivos de su pretensión.

Según Pizarro y Vallespinos, el actor debe demostrar la "conexión material" entre un "determinado hecho" y el "resultado", extremo que releva que la causalidad no está presumida, y a partir de esta prueba podrá a lo sumo presumirse el carácter adecuado de la condición (así por ej. probada la conexión entre la cosa que con su intervención activa causa un daño, y este último, podrá inferirse que el daño deriva del riesgo de la cosa). Consecuentemente y siguiendo a Bueres, concluyen en que en tales supuestos "a lo sumo existe una simplificación en ciertos aspectos de la prueba de la causalidad", mas no una presunción de su existencia (Pizarro, Ramón, Vallespinos, Carlos, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, vol. 3, Hammurabi, 2007, pág. 107).

2.4.- Sin perjuicio de lo señalado, de acuerdo a la naturaleza y alcance de las quejas sustantivas proferidas, tengo por probado que el menor I. G. efectivamente sufrió daños mientras jugaba en el sector de juegos infantiles perteneciente al local de Mc Donalds del hipermercado Jumbo sito en Av. Cruz y Escalada de esta Ciudad el día 15/6/2.005.

En efecto, ello es lo que se desprende de la documental de fs. 4 consistente en la copia del ticket de compra coincidente con el día y hora del siniestro, y, de manera aún más concluyente, a tenor de la denuncia efectuada por la propia demandada a la compañía aseguradora que obra a fs. 272.

De la detenida lectura de las presentaciones a despacho encuentro que, a pesar de lo manifestado a fs. 485 "Arcos Dorados" y de la contundencia con la que se reclama la aplicación de sanciones por temeridad y malicia (que corresponde rechazar de plano), en rigor lo que se cuestiona no es la efectiva ocurrencia del siniestro sino su "mecánica" (cfr. fs. 485 vta.), y el mismo temperamento adoptó la citada (fs. 493 y ss.).

2.5.- En tal sentido se cuestiona la validez de los testimonios de Ramirez y Barreto y se reputa equivocada la interpretación de la sentenciante de grado, se alega que no se demostró que se hubiera incumplido obligación alguna a su cargo, y que por tratarse de daños con "cosas inertes" era la actora quien tenía la carga de demostrar vicios, anomalías o desperfectos en las mismas, extremo que -según interpreta- no fue cumplido. Se cita para ello la declaración del gerente del local obrante a fs. 259/260.

Por intermedio de las consideraciones que Arcos Dorados desarrolla a lo largo de su segundo agravio, considera que el evento se produjo por la culpa de los padres por haber descuidado a su hijo mientras éste jugaba en el pelotero con basamento en lo normado por el art. 1114 del CC.

La Defensora de Menores, a su vez, pone de resalto la citada denuncia formulada a la compañía de seguros de fs. 272/273, el resultado del informe de fs. 227/245 del que surge que los juegos no estaban habilitados para funcionar por el G.C.B.A., así como también el mismo testimonio del gerente del local de fs. 259/260.

2.6.- A esta altura del razonamiento, no cabe duda que el caso sub examine encuadra en la órbita del "derecho del consumidor" que torna aplicable la normativa emergente de la ley 24.240 (LDC) y sus modificatorias.

Entre las múltiples características que delinear los contornos de dicho microsistema fuertemente tuitivo, destaco especialmente la existencia de una cláusula de incolumidad a favor del cliente en cuya virtud el comerciante - empresario asume la obligación de garantizar al público concurrente cierta seguridad que corresponde determinar según los casos (CNCiv., Sala D, "Caric, Mabel c/ Carrefour S.A. s/ Ds. y Ps.", Expte. N° 99.089/1.998, del 12/5/2.010), obligación que no ha sido cumplida en autos.

En efecto, tanto respecto de quienes contrata el juego como en el caso en que el uso se estipule a favor de un tercero (art. 504 del CC y art. 1 de la LDC), se asume una "obligación de seguridad" cuyo alcance no sólo beneficia al consumidor jurídico sino también al "consumidor material" como acontece en el sub judice, es decir, a favor del menor I. que utilizaba el juego.

Por tanto, I. resulta sujeto de especial protección legal a tenor de lo normado por el mismo art. 1° in fine de la LDC que establece: "Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo" (texto según ley N° 26.361).

Tengo en cuenta la naturaleza y las características del juego ("pelotero") donde se produjo el siniestro que se desprenden clara y elocuentemente de las fotografías que lucen a fs. 135, fs. 138/139 (sobre N° 11.511) así como de fs. 7 y vta. de las actuaciones penales que tengo a la vista (Investigación fiscal C-13-14127), e -incluso- de la pericia obrante a fs. 8 vta. de estas últimas actuaciones.

La estructura de dicho "pelotero" autoriza a trazar un paralelo con los que la doctrina francesa denomina "juegos de feria", aún cuando corresponde distinguir si el sujeto tiene una participación activa en él o si solamente cumple una función pasiva, y es en este último caso que se asume una obligación de resultado que impide demostrar la falta de culpa al limitar la exoneración a la demostración de la causa ajena. Lo cierto es que más allá de cualquier distingo, dentro de este esquema el niño resulta merecedor de la más amplia protección en virtud de lo estipulado por el art. 5 de la ley 24.240 (cfr. CNCiv., Sala G, "Aguilar, Eduardo E. y otros c/ Despelote Kids y otros s/ Ds. y Ps.", Expte. N° 34.010/2.004, del 18/6/2.010).

Pues bien, los juegos están para el aprovechamiento por parte de los clientes, el consumo de los productos que comercializa es absolutamente necesario para poder utilizarlos, es decir, son ofrecidos a los potenciales consumidores con un claro propósito comercial o finalidad lucrativa.

Por tanto, desde tal base o plataforma es que interpreto el alcance de las "reglas" fijadas por "Arcos Dorados" para la utilización del pelotero por los consumidores y que se detallan en el cartel informativo allí existente (ver fotografías ut supras citadas), fincando aquí uno de los argumentos centrales que desarrolla la demandada para eximirse de la responsabilidad que se le enrostra.

2.7.- Para resolver de la manera anticipada considero determinante que los autorizados a utilizar los juegos sean los niños a partir de los 3 años, precisamente la edad de I., por lo que éste se lastimó utilizando juegos que estaba permitido que utilizara, de allí que la imputatio juris no requiera demostración de vicio alguno sino -únicamente- la relación de causalidad material, y la efectiva mecánica del siniestro se desprende claramente de lo declarado por los testigos presenciales Domingo Ramírez y Gabriel Barreto que lucen agregados a fs. 251/252 y fs. 253/254.

Cabe razonar que a pesar de la potencialidad dañosa que presentan los juegos, la demandada los provee sin arbitrar los medios idóneos o adecuados para, por ejemplo, discriminar las diferentes exigencias de cuidado que requieren los infantes según su edad, lo que pone de manifiesto el incumplimiento del art. 5° de la LDC.

En efecto, dicha norma establece: "Protección al Consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios", y no me quedan dudas que en el sub examine las características del juego no eran las adecuadas para su utilización por parte de un niño de tres años, su peligro potencial surge de manera notoria o patente.

2.8.- Asimismo, es endeble el argumento de la empresa accionada con base en que el cuidado de los infantes pesa exclusivamente sobre los padres.

Por lo pronto observo que la primera "regla" fijada por el local limita la utilización del juego a los clientes que ingresen al sector con comida (ver foto de fs. 7 de la causa penal), mas no existe correspondencia entre la importancia estructural del juego (me refiero a la capacidad para albergar simultáneamente a numerosos niños) y la escasa cantidad de mesas existentes en el lugar, extremo que debe ser interpretado en contra de la demandada.

Resulta impracticable que todos los menores permanezcan simultáneamente al cuidado de los padres como reza el cartel en cuestión, y desde luego no puede pretenderse que éstos "persigan" a sus hijos como su misma sombra por todo el perímetro para lograr evitar cualquier daño.

Es el mismo juego, su diseño, estructura y características las que deben resultar idóneas para que todos los participantes puedan desarrollar las actividades recreativas sin mengua de su integridad corporal, lo que resulta exigible únicamente a la empresa demandada.

Como dijera, no resulta óbice la temprana edad de I. pues estaba prevista la participación en el pelotero de criaturas de dicha edad, se encontraba autorizada expresamente la utilización simultánea y mancomunada de infantes de muy distintas edades.

Por lo demás y aún cuando no tendría entidad para interrumpir el nexo causal, no se demostró en autos la existencia de personal que coadyuvara a la consecución del fin, es decir, a que los consumidores no sufran daños, y de cualquier manera observo que los empleados no eran entrenados en este menester a tenor de lo declarado por el gerente del local (5°, fs. 259 vta.).

Por cierto que a la demandada le resulta exigible brindar tal servicio y de manera profesional a tenor de su estructura organizacional, teniendo en cuenta incluso que una criatura puede sufrir daños en apenas segundos sin dar tiempo a que sus padres o los empleados puedan evitarlos, riesgo que en definitiva el sistema atribuye o traslada a la empresa, la que está precisada en todo caso, sin excepción, a brindar instalaciones que garanticen la integridad de los consumidores. Aquí cabe recordar que los juegos en cuestión carecían de la debida habilitación del GCBA (ver informe de fs. 229).

2.9.- Razono de tal manera a tenor de la filosofía fuertemente tuitiva del microsistema consumeril, claro reflejo del fenómeno de la publicización del derecho privado y del intervencionismo que se desprende expresamente del art. 65 de la LDC (Lorenzetti, Ricardo, Derecho del Consumidor, Ed. Rubinzal Culzoni).

Por tanto, a tenor de todo lo desarrollado, no encuentro mérito suficiente para trasladar los riesgos que pesan sobre el empresario a cabeza de los padres por una pretendida omisión de cuidado, que, como he

razonado, además de resultar en ocasiones impracticable, tampoco hubiera garantizado la evitación del perjuicio.

2.10.- En suma, en función de las consideraciones de hecho y razonamientos de derecho practicados, propicio modificar el pronunciamiento en crisis y responsabilizar íntegramente a la demandada por el acaecimiento del siniestro del que resultó víctima el menor I.G.

Incapacidad psicofísica

3.1.- Por lo pronto diré que por incapacidad se entiende la falta de salud derivada de un hecho ilícito o de un incumplimiento contractual. En tal contexto, lo que se resarce por este concepto no es solamente la incapacidad física sino la minusvalía en el trabajo habitual porque deriva de una pérdida de aptitud que resulta de la imposibilidad de continuar desempeñando la ocupación que ejercía anteriormente (Lorenzetti, Ricardo, "Daños a la persona", "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Rubinzal Culzoni, pág. 112).

Según reiterada doctrina de esta sala, esta partida se refiere esencialmente a una merma de aptitudes que sufre el individuo para obtener lucros futuros, sea en las tareas que habitualmente suelen desempeñar o en otras; es una chance frustrada de percepción de ganancias. Pero el daño no se agota en ello, ya que, además, comprende cualquier disminución mensurable económicamente que experimente el dañado con los consiguientes trascendidos negativos que esas disminuciones generan en el patrimonio ("Sosa, Jorge Alberto c/ López, Carlos Alberto y otros s/ Ds. y Ps.", expte. n° 76.437/1999, del 02/03/2010; ídem, "Chiaradia de Carecchio, Rosa c/ Tte. Larrazabal y otros s/ Ds. y Ps.", expte. n° 34.996/07, del 23/03/2010; "Ledesma, Ramona G. c/ Acosta, Miguel Ángel s/ Ds. y Ps.", del 30/03/2010, expte. n° 69.932/2002, del 03/3/2.010, entre otros).

3.2.- Las apelantes cuestionan la suma fijada, y por lo pronto es oportuno recordar que en materia de procesos de daños y perjuicios, la prueba pericial resulta de particular trascendencia en lo que se refiere a la existencia y entidad de las lesiones por las que se reclama. El informe del experto, no es una mera apreciación sobre la materia del litigio sino un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos.

En similar orden de ideas, la función de la prueba pericial es de asesoramiento, pues se trata de cuestiones ajenas al derecho respecto de los cuales el Juez no tiene conocimientos específicos. No será el perito quien defina el pleito, pero es indudable que, fundando debidamente su informe, tiene mayor peso y envergadura. La mera opinión de los litigantes no puede prevaler sobre sus conclusiones, en especial si se advierte que no hay argumentos valederos para demostrar que éstas fueron irrazonables (esta misma sala, "Sánchez, Romina Mabel c/ La Mediterránea S.A. y otro s/ Ds. y Ps.", expte. n° 32.650/2005, del 10/09/2009; "Elefteriu Zonca, Eduardo y otro c/ Consorcio de Propietarios Bolívar 1867/69/75/87 s/ Ds. y Ps.", expte. n° 115.605, del 04/06/2009; "Ghiorso, Elsa Noemí c/ Pérez, Héctor Oscar y otros s/ Ds. y Ps.", expte. n° 114.916/2003, del 17/02/2010, entre otros).

3.3.- Del informe pericial obrante a fs. 281/289 se desprende que el menor, que fue atendido en el Hospital Santojanni (informe de fs. 101/103) sufrió la "fractura de 1/3 distal de radio izquierdo consolidada en ligero deseje" que le provocó una incapacidad permanente del 6% (pto. 1 a fs. 288), mientras que en el terreno psicológico desarrolló un trauma, cuadro reactivo de grado leve incapacitante en el 8% (ver pto. 2 a fs. 288, y, con mayor detalle, lo fundamentado en el pto. V del "psicodiagnóstico" de fs. 285).

3.4.- Por tanto, a los efectos de la fijación del quantum resarcitorio considero que la juez de grado ponderó adecuadamente la entidad de las minusvalías sufridas por I. (recuerdo, de tres años de edad a la fecha del siniestro), pero estimo que corresponde alterar mínimamente las indemnizaciones

establecidas: por daño físico propongo fijar la suma de \$12.000 y por daño psicológico la de \$13.000.

Daño moral

4.1.- Respecto a este daño de naturaleza "espiritual" (\$5.000), propiciaré su elevación.

4.2.- En efecto, para llegar a tal solución por lo pronto diré que participo del criterio que aprehende con amplitud el daño moral, al considerar que este perjuicio no queda reducido al clásico pretium doloris (sufrimiento, dolor, desesperanza, aflicción, etc.) sino que, a más de ello, apunta a toda lesión e intereses (jurídicos) del espíritu cuyo trasunto sean unas alteraciones desfavorables en las capacidades del individuo de sentir lato sensu, de querer y de entender (Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general", en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n° 1, 1992, p. 237 a 259; Pizarro, Ramón Daniel, "Reflexiones en torno al daño moral y su reparación", en J.A. 1986-111-902 y 903; Zavala de González Matilde, "El concepto de daño moral", J.A., 985-I-727 a 732).

Como he señalado en numerosos precedentes (ver mis votos in re "Luciani, Nelly c/ Herszague, León y otros c/ Ds. y Ps.", Expte. N° 21.920/2006, del 13/8/2010; "Peralta, Daniel Oscar c/ Transportes Metropolitanos General San Martín y otro s/ Ds. y Ps.", Expte. N° 33.299/2005, del 10/5/2010; "Burcez, Elizabeth Graciela c/ Aguas Argentinas S.A s/ Ds. y Ps.", Expte. N° 115.335/2005, del 22/4/2010, entre muchos otros) este particular nocimiento importa una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible derivada de la lesión a un interés no patrimonial, o, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial (Pizarro, Ramón, Vallespinos, Carlos, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, t. 2, pág. 641).

A la hora de precisar el resarcimiento, debe examinarse el "resultado de la lesión", es decir, de qué manera y con qué intensidad el agravio contra la persona le ha causado un perjuicio. Los bienes personalísimos no pueden ser cuantificados en más o menos, pero el sujeto puede sufrir más o menos a consecuencia de la lesión, y también el juez tiene que graduar de la misma manera la indemnización ya que no siempre es igual el daño moral derivado de actividades lesivas análogas. Por tanto, rige el principio de individualización del daño y las circunstancias de la víctima suelen dimensionar de distinta manera, inclusive en el ámbito espiritual, las derivaciones de una lesión similar (Zavala de González, M., Código Civil y Normas Complementarias, Bueres - Highton, Hammurabi, t. 3A, págs. 171-2).

4.3.- Por tanto, considerando especialmente la entidad de los daños psicofísicos incapacitantes padecidos por I. sobre los que me explayara en el anterior acápite, de conformidad con lo normado por el art.165 del CPCCN considero que el quantum por este concepto debe ser elevado a la suma de \$13.000, lo que así propongo.

Gastos de atención kinesiológica

5.- Sobre este nocimiento se agravia únicamente la empresa demandada.

Su existencia se encuentra demostrada a través del informe médico ponderado según presentación de fs. 373, oportunidad en la que se precisó la cantidad de sesiones necesarias y el costo de cada una de ellas, por lo que el rechazo de esta queja sea la solución que se impone.

Tasa de interés

6.1.- Sobre este t3pico lo primero que observo es que en la sentencia objeto de apelaci3n se han fijado indemnizaciones a "valores actuales" (art. 165 del CPCCN), produci3ndose en tal oportunidad la cristalizaci3n de un quid (no el reconocimiento de un quantum).

6.2.- Si bien de conformidad con lo resuelto por este Excmo. Tribunal in re "Samudio de Mart3nez" del 20/4/09 se dej3 sin efecto los anteriores "V3zquez, Claudia Ang3lica c/ Bilbao, Walter y otros s/ daos y perjuicios" del 02/08/93 y "Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI interno 200 s/ Ds. y Ps.", del 23/03/04, entiendo que en el caso de autos retrotraer la aplicaci3n de la tasa activa "a partir de cada dao objeto de reparaci3n" importar3a incurrir en un desplazamiento patrimonial injustificado: se estar3a computando dos veces la "desvalorizaci3n" o "depreciaci3n" monetaria: una en oportunidad de fijar montos en la sentencia de grado (cristalizaci3n) y otra a trav3s de la aplicaci3n de una tasa de inter3s (la activa) que ya registra ese componente en su misma formulaci3n.

6.3.- En el caso sub examine se verifica el supuesto f3ctico que este Excmo. Tribunal en pleno tuvo en cuenta en la 3ltima parte de "Samudio", es decir, que la tasa activa no debe computarse cuando su aplicaci3n en todo el per3odo transcurrido "implique una alteraci3n del significado econ3mico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido".

6.4.- Por tanto, en definitiva, a los efectos de no llevar a un enriquecimiento sin causa del peticionante y al correlativo empobrecimiento del de su contraria, hasta la fecha de la presente sentencia se devengar3 la tasa pasiva BCRA, y reci3n a partir de aqu3 hasta el pago efectivo se aplicar3 la tasa activa cartera general (pr3stamos) nominal anual vencida a treinta d3as del Banco de la Naci3n Argentina.

7.- En suma, por las consideraciones practicadas, doy mi voto para que:

- a) Se modifique la sentencia de grado y se responsabilice a la demandada 3ntegramente por el acaecimiento del siniestro;
- b) Se indemnice la "incapacidad psicof3sica" con la suma de \$25.000 y el "dao moral" con la de \$13.000;
- c) Se modifique tambi3n la tasa de inter3s aplicable conforme se desarrolla en el ac3pite N3 6;
- d) Se rechacen las restantes quejas formuladas;
- e) Costas de ambas instancias a la demandada y citada vencidas (art. 68 del CPCCN).

La Dra. Marta del Rosario Mattera adhiere al voto precedente.

Con lo que termin3 el acto, firmando las Seoras Vocales por ante m3 que doy fe.

Se deja constancia que la Dra. Zulema Wilde no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).

Buenos Aires, agosto de 2012.-

Y VISTOS: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el Tribunal RESUELVE:

- a) Modificar la sentencia de grado y se responsabilizar a la demandada 3ntegramente por el acaecimiento del siniestro;

- b) Indemnizar la "incapacidad psicofísica" con la suma de \$25.000 y el "daño moral" con la de \$13.000;
- c) Modificar también la tasa de interés aplicable conforme se desarrolla en el acápite N° 6;
- d) Rechazar las restantes quejas formuladas;
- e) Costas de ambas instancias a la demandada y citada vencidas (art. 68 del CPCCN).

Difiérase la regulación de los honorarios para su oportunidad.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

Se deja constancia que la Dra.Zulema Wilde no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).