S., C. W. C. COTO C.I.C.SA. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 6 días del mes de febrero de dos mil veinte, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "E", para conocer en el recurso interpuesto en los autos caratulados: "S., C. W. C. COTO C.I.C.SA. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", respecto de la sentencia corriente a fs. 796/812, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores RACIMO. DUPUIS. GALMARINI.

El Señor Juez de Cámara Doctor RACIMO dijo:

I.- El juez de primera instancia tuvo por acreditado en la sentencia de fs. 796/812 que el 14 de octubre de 2010 se produjo la caída de la menor de edad D. S. en el sector Zona de Entretenimientos de la sucursal de Coto ubicada en Cabildo 515/51 de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires a raíz de haber tropezado con una chapa ubicada en el suelo del local. La condena se dictó a favor de la menor por la suma de $ 608.000 y de los padres C. W. S. y M. M. por los montos de $ 100.000 para cada uno de ellos.

Contra dicho pronunciamiento interpuso recurso de apelación la demandada a fs. 816 que fundó con la expresión de agravios de fs. 829/836 que fue contestada a fs. 842/847 por la parte actora quien a su vez apeló a fs. 818 y sustentó su recurso con la pieza de fs. 838/840 que no fue respondido por la contraria.

La Defensora Publica de Menores e Incapaces de primera instancia apeló a fs. 822 vta. y la Defensora de Cámara presentó su expresión de agravios a fs. 850/852 que no fue contestada.

Toda vez que la empresa demandada cuestiona la responsabilidad que le ha sido endilgada corresponde examinar

Fecha de firma: 06/02/2020
Alta en sistema: 13/02/2020
Firmado por: JUAN CARLOS GUILLERMO DUPUIS, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: FERNANDO MARTIN RACIMO, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: JOSE LUIS GALMARINI, JUEZ DE CAMARA

#12514434#254545959#20200206115509510

previamente por obvias razones de orden metodológico sus agravios al respecto.

Afirma la recurrente que no se encuentra acreditado el hecho invocado por los demandantes respecto a que la menor hubiera tropezado con una chapa ubicada en el suelo del local y cuyas puntas salían en forma vertical hacia afuera. Cuestiona, asimismo, que se haya tenido en cuenta la declaración de una única testigo que solo hizo un relato sin brindar razones de sus dichos. Agrega que no se le puede imputar responsabilidad en la producción del hecho en cuanto los testigos R. (fs. 198 vta.) y T. (fs. 200 vta.) advirtieron en varias ocasiones y pusieron en conocimiento a los padres de que la menor jugaba indebidamente en una baranda antes del comienzo del cumpleaños.

Corresponde puntualizar, en primer lugar, que en la breve crítica de la demandada se da excesivo énfasis a las declaraciones de dos testigos propuestos por la demandada quienes, además, son sus dependientes como se ha señalado en la sentencia recurrida. Fuera de ello advierto que no fueron en realidad testigos presenciales del accidente. M. V. R. como encargada del sector de operaciones de la sucursal manifestó que el personal de seguridad le informó que una nena había tenido un accidente. Dicho personal le habría expresado que aquella se encontraba colgando de una baranda y que se cayó de rodilla sobre una protección que hay debajo de ella (ver acta de fs. 198/199). Se trata de una testigo de oídas ya que claramente relata el accidente comentado por terceros. Y en cuanto a M. V. T. quien se presenta como supervisora de las fiestas de cumpleaños en doce sucursales de la demandada cabe hacer algunas precisiones. La declarante describió dos hechos analíticamente distinguibles. Explicó, por un lado, haber advertido ella misma que una niña jugaba en una baranda y que le dijo al personal de seguridad que avisara a los padres que se podía caer. El otro hecho consistió en que al ratito la llamaron para informarle que se había caído una nena que es la misma que había estado en las barandas (ver acta de fs. 200/202). El punto a considerar es que la declarante no vio la caída de la nena a diferencia del personal que habría percibido el modo en que se habría producido el accidente. En suma, T. solo vio a una nena que

Fecha de firma: 06/02/2020
Alta en sistema: 13/02/2020
Firmado por: JUAN CARLOS GUILLERMO DUPUIS, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: FERNANDO MARTIN RACIMO, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: JOSE LUIS GALMARINI, JUEZ DE CAMARA

#12514434#254545959#20200206115509510

jugaba en la baranda y no el momento en que ésta se cayó, todo lo cual lo refiere de oídas por una persona que no individualizó al momento de declarar. Ni siquiera está claro de su declaración que no hubiera existido una solución de continuidad entre el acto de la niña sobre la baranda y su caída que no puede inequívocamente inferirse que ocurrió como consecuencias de ese acto precedente.

El relato de E. M. resulta, a diferencia de lo expuesto por la recurrente, más precisa que la que surge de las declaraciones de R. y T.. Describió que había varias chicas que dijeron dirigirse a una máquina a jugar, que había una chapa que cubren los cables de los juegos, que estaba en el piso y que tenía todas las puntas hacia fuera. Indicó que fue entonces cuando la nena pasa por esa chapa, tropieza, cae y se corta la rodilla con una herida profunda. La deponente indicó que era tan profunda que se le veían las capas de la piel y que le dio un susto muy grande como madre organizadora (ver acta de fs. 194/195).

Al respecto, cabe señalar que esta Sala en numeras ocasiones tiene dicho, con relación al testigo único que la jurisprudencia y doctrina han establecido como principio que no rige en nuestro derecho procesal la antigua regla que establecía como máxima *testis unus testis nullus*, admitiéndose que la convicción judicial puede basarse aun en las manifestaciones de un testigo singular, aun cuando ello requiere, por esa misma razón, una mayor rigurosidad en el análisis de sus dichos (ver Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2a.ed., t.III pág.647 nº 50; Palacio, *Derecho Procesal Civil*, t.IV pág.654 nº 486 ap.c; Fassi, *Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, t.II pág.122 nº 1592; CNCiv.esta Sala, causas 65.801 del 9-5-90, 196.168 del 21-8-96 y 618.405 del 19-6-13, entre otras). Empero, es doctrina del tribunal que el testigo único debe ser apreciado con mayor severidad y rigor crítico, pero que si sus dichos resultan convincentes, no son desvirtuados por otro medio de prueba ni son discordantes con las demás circunstancias que ofrece la causa, debe tenerse por acreditado el hecho sobre el que depone (ver causas 227.742 del 27-4-79 y 54.410 del 29-9-89, esta última publicada en L.L. 1990-A-340; causa 58.594 del 29-6-

90; causa publicada en L.L. 1996-A-376 y causa 42.939 del 10-5-89, entre muchas otras; véase también Sala “A” en L.L.2000-F-98).

El criterio antes consignado supone precisamente la tarea de examinar cuidadosamente las declaraciones del testigo único para verificar si existen contradicciones o incoherencias que revelen la falsedad de su relato.

La cuestión del adecuado encuadre jurídico dado al caso en la sentencia recurrida resulta relevante a la hora de examinar la prueba que la recurrente entiende suficiente para descartar la responsabilidad que le ha sido atribuida por el juez de grado.

En un caso análogo, con voto de mi autoría, llegó a la misma conclusión de la sentencia examinada en este expediente (ver causa 571.079 del 4-5-11, autos: “Braunstein Eduardo Héctor c/ Jumbo Retail Argentina S.A. y otro s/ daños y perjuicios”). En efecto, se trató del caso de una persona que cayó al piso del supermercado Disco por haber sido empujado en el pasillo central por un empleado con ropas de la empresa. Citando un precedente de la Sala “F” de este Tribunal con primer voto de la Dra. Highton de Nolasco (L.L. 2004-A, 433, “Torres Érica F. c/ Coto C.I.C.S.A. y otro” del 17-9-03), concluyó que “…el particular que transita dentro de un supermercado es un usuario que se ajusta a la categoría determinada por los arts. 1 y 2 de la ley 24.240; y la empresa es un típico proveedor de servicios entre los que se encuentra la protección de la integridad física de aquellos que circulan por sus corredores en los cuales es habitual que se susciten este tipo de colisiones entre personas o caídas en razón de las particulares condiciones de los pisos (ver CNCiv, Sala B, “García Carmen Beatriz y otro c. Supermercados COTO S.A. del 15-12-08, DJ 17-6-09, 1661 con cita de la ley del consumidor y también CNCiv Sala G, c. 324.940 “Jusid Cecilia c. Carrefour Argentina S.A. s/ daños y perjuicios” del 13-5-02; id. Sala L del 6-3-08, LL 2008-D, 58; CNCiv Sala J, 16-6-10 en autos “Fernández, Isabel c. Disco S.A.” La Ley Online: AR/JUR/42288/2010 y “Zemel, Olga c/ Banco Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, expte. n° 80.050/2004, del 12/3/08). Precisamente la prestación que se espera obtener de los supermercados en este tipo de

contratos es el deber de organizar adecuadamente la custodia de las instalaciones a su cargo, con el objeto de evitar perjuicios a los clientes o personas que transitan por el local, adoptando las medidas de seguridad necesarias a tal fin (ver CNCiv, Sala L, voto del Dr. Galmarini, en autos “Arriega, Ilda Esther del Carmen c. Coto CICSA s/ daños y perjuicios” del 2-7-10)”.

Si bien el supuesto de autos no se trata estrictamente del paso de un cliente por entre los pasillos de un supermercado como el resuelto por la Sala en el precedente recién citado, ello no obsta a decidir en idéntico sentido, habida cuenta que existe jurisprudencia y doctrina que la han adoptado para hechos acaecidos en los denominados “shopping centers” y ámbitos equivalentes (ver CNCiv Sala H, voto del Dr. Kiper, en causa 597.520 del 25-3-13, autos “A, E.D. c/ Supermercados Mayoristas Makro S.A. y otro s/ daños y perjuicios”; Gregorini Clusellas, *El daño resarcible del consumidor accidentado en un* supermercado, RC y S 2011-VII, 62).

Es que, cualquier daño sufrido en este tipo de lugares, que no responda al hecho de la víctima, o a un caso fortuito o de fuerza mayor, deberá ser reparado por el titular del centro comercial (ver voto del Dr. Kiper recién mencionado, con cita de Álvarez Larrondo, Federico, *Contrato de paseo en un shopping, deber de seguridad, daños punitivos y reforma de la ley 26.*361, en L.L. 2008-D, 58).

La prueba testifical aludida en el memorial resulta insuficiente para tener por acreditado que el daño ocurrió por el hecho de la víctima o eventualmente por culpa de las personas que estaban a cargo de la menor. Se acreditó, en cambio, que la lesión se produjo cuando se desarrollaba el festejo en el interior del local y que existió una relación de causalidad entre los daños sufridos por la niña y la actividad que se estaba desplegando por el proveedor en los términos de la ley 24.240.

Por las razones expuestas y toda vez que no quedó acreditado un hecho como eximente del deber de responder por la empresa demandada es que propongo que se confirme la sentencia en lo principal que decide.

II.- La empresa demandada se queja de las cuantificaciones del daño por incapacidad sobreviniente y por daño moral que se fijaron respectivamente en las sumas de $ 450.000 y $ 150.000 ya que aduce que no existen elementos en autos a los fines de que se hubieran establecido dichos montos. Dice a continuación que le agravia el monto fijado en concepto de gastos de tratamiento psicológico y médicos y gastos de atención médica, traslado y farmacéuticos “toda vez que no hay elementos en autos para fijar los mismos”.

Tales son los únicos argumentos empleados por la apelante para poner de resalto la supuesta exorbitancia de los resarcimientos establecidos en la sentencia recurrida. El caso es que el juez de primera instancia ha utilizado un conjunto de fundamentos distintos para cada uno de los rubros indemnizatorios sobre los cuales nada se dice en lo absoluto en la expresión de agravios de la demandada.

A criterio del Tribunal, las expresiones de agravios presentadas no reúnen los recaudos exigidos por el art. 265 del Código Procesal.

En efecto, reiteradamente la jurisprudencia ha sostenido que el memorial, para que cumpla con su finalidad, debe constituir una exposición jurídica que contenga un análisis serio, razonado y crítico de la sentencia apelada, para demostrar que es errónea, injusta o contraria a derecho. Debe precisarse, pues, punto por punto, los errores, las omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo. Las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general no reúnen los requisitos mínimos indispensables para mantener el recurso. No constituye, así, una verdadera expresión de agravios el escrito que sólo contiene afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica (conf. Fassi y Yáñez, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado, Anotado y Concordado”, 3a.ed., t° 2 pág. 483 nº 15; Palacio, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, tº V, pág. 267; Fassi Santiago C. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado, Anotado y Concordado”, t° I, pág. 473/474, comen. art. 265; Fenochietto - Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado”; t° 1, pág. 836/837;

Falcón - Colerio, “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, t° VIII, pág. 239/240; CNCivil, esta Sala, c. 134.750 del 17-9-93, c.162.820 del 3-4-95, c. 202.825 del 13-11-96, c. 542.406 del 2-11-09, c.542.765 del 5-11-09, c. 541.477 del 17-11-09, c. 544.914 del 3-12-09, c. 574.055 del 4-4-11, entre muchas otras).

De la misma manera, es principio aceptado que no se cumple con la carga del recordado art. 265 cuando el apelante se limita a reiterar los mismos argumentos ya expresados al articular las cuestiones o defensas resueltas en la resolución que pretende atacar, toda vez que ellos ya han sido evaluados y desechados por el juez de la causa (conf. Fassi y Yáñez, op. y loc. cits., pág.481 nº 5; CNCivil., Sala “B” en E.D.87-392; id., Sala “C” en E.D.86-432; id., esta Sala, c. 135.023 del 16-11-93, c. 177.620 del 26-10-95, c. 542.406 del 2-11-09, c. 542.765 del 5-11-09, c. 541.477 del 17-11-09, c. 544.914 del 3-12-09, c. 574.055 del 4-4-11, entre muchas otras), o cuando se plantean cuestiones que nada tienen que ver con la materia debatida (conf. Fassi y Yáñez, op. y loc. cits., pág. 483, nº 16 y fallos citados en nota 19; CNCivil, esta Sala, c. 160.973 del 8/2/95 y 166.199 del 7-4-95, 562.110 del 23-9-10, entre otras).

En este sentido, la crítica concreta se refiere a la precisión de la impugnación, señalándose el agravio y lo de razonada alude a los fundamentos, bases y sustanciaciones del recurso. Queda claro así, que debe tratarse de un razonamiento coherente que demuestre, a la vez, el desacierto lógico contenido en la sentencia que se impugna (conf. Fenochietto, Carlos Eduardo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado, Anotado y Concordado”; t° 2, pág. 98), pues la argumentación no puede transitar los carriles del mero inconformismo (conf. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado”, t° II, pág. 74).

La Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara peticiona que se modifique el monto establecido en concepto de incapacidad sobreviniente a favor de la menor D. S. Afirma que ha quedado suficientemente demostrado que su defendida presenta en miembro inferior derecho sobre la rótula una cicatriz de 6 cm por 0.5 cm, ligeramente rugosa,

hipopigmentada y que ello representa una incapacidad parcial y permanente de un 3 % según la pericia médica obrante a fs. 418/421. Agrega que del informe psicológico obrante a fs. 514/519 se encuentra acreditado que a causa del evento la menor padece patología reactiva compatible con detrimento de carácter psíquico evaluándose por tanto incapacidad psicológica con depresión reactiva leve 10 % que requiere como necesaria la implementación de un tratamiento efectivo por profesional psicólogo especializado en trauma.

El juez de primera instancia indicó a fs. 803 vta./804 que el cálculo de la indemnización por incapacidad sobreviniente se refería a las órbitas física y psíquica. El grado de incapacidad física fue determinado en el 3 % y el de la psíquica en un 10 % que fue caracterizada como leve a fs. 516 vta. del peritaje respectivo. El costo del tratamiento psicológico también fue motivo de examen en el pronunciamiento recurrido (ver fs. 805 vta.) con lo cual también fue considerado expresamente a fin de calcular el resarcimiento correspondiente. La actora sostiene de modo similar que no se ha considerado que la niña sufre una incapacidad parcial y permanente del 3 % como así también que desde la órbita psicológica se ha graduado en un 10 %.

El perito médico legista Dr. J. A. A. determinó que la cicatriz de D. S. no necesita cirugía plástica y que la niña no tiene alteraciones funcionales en el miembro. El mismo perito explicó que la cicatriz presenta una incapacidad parcial y permanente del 3 % reiterando que “no hay implicancias funcionales” (ver fs. 419/421). La levedad del trastorno en el orden psicológico no ha sido motivo de adecuado tratamiento en el memorial de la actora de modo que entiendo que cabe estar en este aspecto a los fundamentos empleados por el juez de grado para el cálculo de la incapacidad sobreviniente.

El agravio de la Defensora Publica de Cámara respecto a la falta de tratamiento en el fallo de la incapacidad temporal de la menor a raíz de las lesiones sufridas no puede recibir acogida en esta instancia. En efecto, es doctrina de la Sala que quien a consecuencia del evento dañoso no padeció secuelas incapacitantes permanentes, en principio no tiene

Fecha de firma: 06/02/2020
Alta en sistema: 13/02/2020
Firmado por: JUAN CARLOS GUILLERMO DUPUIS, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: FERNANDO MARTIN RACIMO, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: JOSE LUIS GALMARINI, JUEZ DE CAMARA

#12514434#254545959#20200206115509510

derecho a indemnización alguna por este rubro (ver, al respecto, voto del Dr. Calatayud en causa 230.012 del 19-11-97 y sus citas y voto del Dr. Dupuis en causa 252.424 del 9-11-98).

Sobre el punto corresponde precisar que la incapacidad transitoria que pudo haber ostentado, si le impidió a la víctima el ejercicio de tareas laborales, debe indemnizarse a través del lucro cesante y en la medida que éste se encuentre acreditado. Bien se ha dicho que la incapacidad permanente -sea para actividades laborales o de otra índole- debe ser resarcida aunque la víctima no haya dejado de "ganar", pues la integridad física perdida tiene en sí misma un valor indemnizable.

El lucro cesante, por el contrario, conjuga las pérdidas experimentadas durante el lapso de inactividad o disminución de la actividad laboral, es decir, que responde a la incapacidad -total o parcial- pero transitoria. En cambio, la incapacidad permanente absorbe el lucro cesante (conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, *Código Civil y leyes complementarias, t. 5*, pág. 218 n° 12).

El lucro cesante, entendido como la ganancia dejada de percibir por el damnificado, no se presume y quien reclama su indemnización debe aportar los elementos de prueba que acredite fehacientemente su existencia (conf. Orgaz, *El daño resarcible [Actos ilícitos]*, 3a. ed., pág. 24 nº 7; Mayo en Belluscio, *op. cit.*, t. 2 pág. 720 nº 43; Llambías, *Obligaciones,*. I pág. 209 nº 232; CNCiv. esta Sala, causas 74.429 del 4-10-90, 74.476 del 12-10-90 y 76.735 del 4-12-90, entre muchas otras).

En tal sentido, toda vez que la indemnización por este concepto está representada por las ganancias efectivamente dejadas de percibir en la actividad laboral que desarrollaba el damnificado, ha de contarse con pautas serias y objetivas del volumen de ingresos perdidos (conf. R.E.D. 19-532, fallos citados en nos. 132 y 133; y en causa 445.878 del 22-6-06), aun cuando se ha decidido reiteradamente que este daño se considera cierto cuando las ganancias frustradas debían ser logradas por el perjudicado con suficiente probabilidad de no haber ocurrido el hecho, sin que se exija una certeza absoluta, sino apreciada aquella probabilidad con

criterio objetivo y de acuerdo a las circunstancias propias de cada caso (conf. CNCiv. esta Sala, causas 59.502 del 11-12-89, 88.218 del 13-5-91 y 133.444 del 31-8-93, entre muchas otras).

La víctima tenía 7 años de edad al momento del accidente sin que se hubiera probado que desempeñara algún tipo excepcional de actividad que permitiera tener por acreditados ingresos de los cuales se hubiera visto privada por las secuelas producidas.

Por las razones expuestas propongo que se tenga por desierto el memorial presentado por la demandada y que se desestimen las quejas de la actora y de la Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara y que se confirme este segmento de la sentencia recurrida.

III.- Cuestiona la demandada que se haya admitido la legitimación activa del daño moral reclamado por los padres con base en la declaración de oficio de la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil cuando la misma ni siquiera había sido solicitada por la parte actora.

Sobre el tema me remitiré a lo expuesto en el voto del Dr. Dupuis en el precedente de este Tribunal en la c. 76.836/11 del 24-2-16. En este sentido mi distinguido colega ha señalado que en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, esta Sala invariablemente ha sostenido que si bien es cierto que aun cuando de *lege ferenda* se ha propiciado la extensión de la legitimación a favor de familiares directos de la víctima, uno de los dictámenes en las Jornadas sobre Temas de Responsabilidad Civil por Muerte o Lesión de Personas (Rosario 1979), firmado por los Dres. Brebbia, Corbella y Barbero sostuvo que “la acción por indemnización del daño moral corresponderá también, de acuerdo con lo establecido en el art. 1079 del Cód. Civil, a los parientes que acrediten haber sufrido una lesión en sus intereses legítimos, aunque del hecho ilícito no haya derivado la muerte de la víctima”, también lo es que otro sector, en cambio, firmado por los Dres. Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Carlucci y Molinas expresaba: “no es conveniente la modificación de la segunda parte del art. 1078 del Cód. Civil”. Empero, lo cierto es que, frente al claro texto de la ley, se debe concluir en la desestimación de la pretensión sustentada por los padres de la víctima, más

Fecha de firma: 06/02/2020
Alta en sistema: 13/02/2020
Firmado por: JUAN CARLOS GUILLERMO DUPUIS, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: FERNANDO MARTIN RACIMO, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: JOSE LUIS GALMARINI, JUEZ DE CAMARA

#12514434#254545959#20200206115509510

allá de las lógicas angustias que puede haberle producido el accidente sufrido por su hijo (ver causas 73.354 del 20-2-91, 97.579 del 12-12-91 y 515.424 del 25-11-08).

Y continuaba señalando el Dr. Dupuis que es cierto que a partir de un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (“C, L.A. y otra c/ Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros s/ daños y perjuicios”, del 16-5-07, J.A. 2007-III, 222), que ha sido aplaudido por alguno sectores de la doctrina (ver Echevesti, Carlos, *Una sentencia inscripta en quadrata monumentale*, en J.A. 2007-III, 233; Ritto, Graciela, *Declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil y legitimación activa de los hermanos para el daño moral*, D.J. del 5-8-09, 2143; Agoglia, M.M., *Ampliación de la legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral*, en L.L. 2007-F, 72), se ha abierto una brecha jurisprudencial dado que diversos precedentes han declarado la inconstitucionalidad de la norma en cuestión. Así, se han pronunciado tribunales nacionales, tales como la Sala “L” (autos: “L., S. y otros c/ Hospital Británico y otro s/ daños y perjuicios”, L.L. Online AR/JUR/59045/2009), aun cuando otros lo hicieron en sentido opuesto, como la Sala “A” (autos: “Pugliese, Fernando Hugo y otros c/ Serodino, Alejandro Néstor s/ daños y perjuicios”, del 5-7-02, E.D. 199-483).

Los que han compartido la posición amplia exponen como argumentos a favor de ella -entre otros- que la norma cuestionada viola el principio de igualdad al tratar a las personas de diferente forma frente a situaciones similares, por cuanto el art. 1079 reconoce legitimación para reclamar daños patrimoniales a cualquier persona que lo sufriera aunque sea de manera indirecta, en tanto el art. 1078 lo limita a la víctima (ver Zavala de González, *Daños a las personas -Integridad sicofísica*, t. 2a, pág. 565, n° 165, letra c). Esta argumentación ha sido bien rebatida por Emilio A. Ibarlucía (*Los cuestionamientos* constitucionale*s al artículo 1078 del Código Civil,* RCyS, 2011-VIII, 10), cuando afirma que el principio referido se vulnera si frente a una misma situación las personas son tratadas de manera diferente sin causa que lo justifique, pero no cuando todos reciben el mismo trato. “Es decir -afirmó-, si se les niega reparación por

daño moral a las personas *en tanto* hermanos se les niega a todos en esa condición. La cuestión no estriba en un problema de igualdad (ya que todos reciben el mismo trato) sino en si existen notas diferenciales del daño moral en relación al daño patrimonial, que justifique que el legislador contemple su resarcimiento en un caso y en el otro no" (ver, en similar sentido, Benavente, María I., *Daño moral y damnificados indirectos. ¿La limitación del art. 1078 C.Civ. es inconstitucional?*, en J.A. 2005-IV, 288, en esp. cap. IV).

Se trató pues de casos extremos, excepcionales. Es que, como es sabido, desde antaño la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado como principio que la declaración de inconstitucionalidad de la ley que se pretende, es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como *última ratio* del orden jurídico y como una atribución que sólo debe utilizarse cuando la repugnancia con las cláusulas constitucionales sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (conf. fallo publicado en L.L. 1981-A, 94, entre muchos otros) y requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto (ver Fallos 150:602, 258:255 y 308:1666).

Esto es, el uso indiscriminado de esa facultad excepcional por parte de los jueces, podría llevar a éstos a convertirse en legisladores. La norma del art. 1078 en lo que ha sido cuestionada es perfectamente clara y limitativa: sólo tiene legitimación para reclamar daño moral el damnificado directo y ello, en principio, no repugna el orden constitucional, en tanto para abrir el abanico de legitimados indirectos se requiere -como lo decidieron los casos analizados- de un estudio profundo y pormenorizado de las circunstancias particulares de cada caso que determinen la invalidez, para ese supuesto específico, del valladar que contiene (ver CNCiv. Sala "F", voto del Dr. Posse Saguier en causa 502.333 del 24-8-09, en autos "Contreras Mamani Gregorio y otros c/ Muñoz Cristian Edgardo y otros s/ daños y perjuicios"). Es que el legislador de 1968 ha considerado prudente no multiplicar el número de legitimados seguramente para evitar que a raíz del evento dañoso se produjera una "catarata" de reclamos de damnificados, susceptibles de llevar hasta límites excesivos y ruinosos al

responsable (ver Zavala de González, *op. y loc. cits.*, pág. 551 n° 165, letra a) y esta Sala, mi voto en c.624.579 del /12/2013, voto del Dr. Calatayud en c.578.651 y 579.031 del /10/2011 y voto del Dr. Racimo en c. 628.442 del 6/3/2014).

Concluía el Dr. Dupuis señalando que “también el Dr. Li Rosi, citando al Dr. Galdós (conf. Galdós, Jorge Mario, “La Responsabilidad civil y el derecho transitorio”, publicado en L.L. del 16/11/2015, 3, cita on line: AR/DOC/3711/2015) quien aludió a la cuestión de la legitimación por daño moral al referirse al fallo plenario del año 1971 (Cám. Civ. en Pleno, 21.12.71, "Rey, José c/Bodegas y Viñedos Arizu SA", LL 146-273, con nota de Nieto Blanc; y en JA 13-1972-352 con nota de Moisset de Espanés cit.), remarcando que en ese entonces se resolvió que los "nuevos" supuestos de daño moral que habilitó la reforma de 1968 (que extendió el daño moral a todos los hechos ilícitos, no solo a los delitos de derecho criminal cómo lo preveía el Código Civil de Vélez Sarsfield) no debía ser aplicable a los hechos ocurridos antes de su entrada en vigencia. Allí se decidió que cómo el hecho ilícito se produjo de manera inmediata, "corresponde atribuir a la ley antigua la regulación de los presupuestos de existencia de esa obligación, así como su contenido, inclusive la extensión del daño y su evaluación" (conf. C.N.Civil, Sala A, voto del Dr. Li Rosi en expte. 15.754/2011 del 2/2/2016).”

Ahora bien, es mi convicción que en el particular caso *sub examine*, incluso colocándome en una posición amplia, no se encuentran reunidas tales circunstancias excepcionales que autoricen a considerar irrazonable la limitación establecida por la norma legal cuestionada y su aplicación por resultar el derecho vigente a esa época.

Así las cosas, considero que en el supuesto de autos corresponde mantener el criterio legal antes explicitado por esta Sala, ateniéndose a la letra clara de la ley en cuanto impide a los damnificados indirectos reclamar el daño moral con lo cual propicio la revocación de lo decidido en este aspecto en la sentencia de primera instancia.

IV. La demandada se agravia del rechazo del planteo de inconstitucionalidad de la obligatoriedad de los fallos plenarios y puntalmente el dictado en los autos “Samudio de Martínez, Ladislaa c/Transportes Doscientos Setenta S.A. s/daños y perjuicios” a la vez que sostiene que resulta inaplicable la tasa activa ya que de ningún modo la demandante podría haberla obtenido con lo cual se configuraría claramente la figura del enriquecimiento ilícito o sin causa.

Acerca de esta cuestión, es doctrina de este tribunal que si la tasa activa mencionada se devengara desde el momento mismo de producido el evento dañoso y hasta el del efectivo pago, en la medida que coexista con indemnizaciones fijadas a valores actuales, tal proceder representaría lisa y llanamente un enriquecimiento indebido a favor del acreedor y en desmedro del deudor, que la Justicia no puede convalidar. Es que, sin lugar a dudas, en tal caso se estaría computando dos veces la pérdida del valor adquisitivo de nuestro signo monetario operado entre el hecho y la sentencia, cuando en ésta se contemplan valores a la época de su dictado, en tanto la referida tasa capta, en cierta medida y entre otros elementos, la depreciación de la moneda. Esta es la doctrina que en forma reiterada aplicó la Sala interpretando la emanada del plenario “Samudio de Martínez Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios”, incluso después de que perdiera vigencia con el dictado de la ley 26.853. De la misma manera, es la que cuadra adoptar a partir de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, ley 29.994 (ver mi voto en expediente 80.509-10 del 27-8-15, con cita de Lorenzetti, *Código Civil y Comercial comentado*, ed. Rubinzal-Culzoni, t.V pág.158, com. art.772).

El juez de primera instancia admitió en la sentencia que la condena suponía la consideración de una cuantificación de una obligación de valor (ver fs. 806 vta./ 807) en un fundamento que entendió apropiado para no atenerse estrictamente al monto reclamado en la demanda (ver fs. 805 vta., cuarto párrafo).

En conclusión, si bien este tribunal en situaciones similares resolvió reducir la tasa establecida entre la fecha del hecho y la del pronunciamiento de primera instancia a la del 6% anual, devengándose con

Fecha de firma: 06/02/2020
Alta en sistema: 13/02/2020
Firmado por: JUAN CARLOS GUILLERMO DUPUIS, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: FERNANDO MARTIN RACIMO, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: JOSE LUIS GALMARINI, JUEZ DE CAMARA

#12514434#254545959#20200206115509510

posterioridad y hasta el efectivo pago la activa dispuesta en el pronunciamiento de la anterior instancia (ver votos del Dr. Calatayud en causas 527.451 del 12-5-09, 579.837 del 31-10-11, 615.823 del 14-8-13, expedientes nos.105.395-10 del 31-8-15 y 85.237-11 del 7-9-15, entre muchas otras), a partir del fallo dictado el 13-3-17 en el expediente caratulado “Flores Sebastián M. c/ Expreso Nueve de Julio S.A. s/ daños y perjuicios” (n° 69.993/13), en el que le tocara votar en primer término al Dr. Calatayud, la Sala modificó su postura y resolvió incrementar esa tasa “pura” al 8% anual a la luz de las nuevas circunstancias económicas que atraviesa el país. Pero como en el caso la demandada admite conveniente la aplicación de la tasa pasiva no encuentro obstáculo para su implementación según la prevista por el Banco Central de la República Argentina siempre que no sea inferior al porcentual citado.

Por las razones expuestas propongo que se confirme la sentencia en lo principal que decide respecto de D. S., que se la revoque respecto de C. W. S. y M. M. desestimándose la demanda a su respecto y que se la rectifique en cuanto a la tasa de interés que deberá ser calculada en la forma indicada en los párrafos precedentes. Las costas de Alzada en cuanto a la primera se imponen a la demandada y en lo que se refiere a los restantes demandantes se distribuyen en el orden causado en ambas instancias al tratarse de la interpretación del art. 1078 del Código Civil de una cuestión debatida en derecho (art. 68 del Código Procesal).

El Señor Juez de Cámara Doctor DUPUIS dijo:

Por análogas razones a las expuestas por el Dr. Racimo, voto en el mismo sentido.

El Señor Juez de Cámara Doctor GALMARINI dijo:

Con relación a la legitimación activa del daño moral reclamado por los padres, si bien en otros casos me he inclinado por el criterio que admite la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, coincido con lo expresado por el Dr. Racimo en el sentido de que en autos no se encuentran reunidas las circunstancias excepcionales que autoricen a considerar irrazonable la limitación establecida por la norma en crisis. En virtud de ello, adhiero al voto de mi colega.

Fecha de firma: 06/02/2020
Alta en sistema: 13/02/2020
Firmado por: JUAN CARLOS GUILLERMO DUPUIS, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: FERNANDO MARTIN RACIMO, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: JOSE LUIS GALMARINI, JUEZ DE CAMARA

#12514434#254545959#20200206115509510

Por otra parte respecto a los intereses he considerado que la aplicación de la tasa sobre las partidas indemnizatorias admitidas repercute en el monto total de resarcimiento, dado que los intereses integran la indemnización de los daños sufridos por la actora junto con el monto determinado por cada partida que se admite. Aunque se trate de conceptos diferentes, las partidas indemnizatorias y los respectivos intereses completan la indemnización justa a la que tienen derecho los damnificados. Razón por la cual estimo que para determinarse esa justa indemnización deben apreciarse conjuntamente el capital de condena y los intereses (CNCiv. Sala A, marzo 28/2017, “Albornoz, Eva c/ Núñez, Roberto José y otro s/ daños y perjuicios Expte. n° 36114/13; id., Sala E, noviembre 21/2018 “Aranda, Noelia Mariana c/ Gómez, Lucas Ricardo y otro s/ daños y perjuicios”).

Con estas aclaraciones, por razones análogas adhiero al voto de mi distinguido colega.

Con lo que terminó el acto. JUAN CARLOS G. DUPUIS. JOSE LUIS GALMARINI. FERNANDO M. RACIMO.

Este Acuerdo obra en las páginas Nº a Nº del Libro de Acuerdos de la Sala “E” de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Buenos Aires, febrero de 2020.-

Y VISTOS:

En virtud a lo que resulta de la votación de que da cuenta el acuerdo que antecede: I. Se confirma la sentencia de condena respecto a D. S. con costas de alzada a cargo de la demandada. II. Se revoca la sentencia de condena a favor de C. W. S. y M. M. rechazándose la demanda con

Fecha de firma: 06/02/2020
Alta en sistema: 13/02/2020
Firmado por: JUAN CARLOS GUILLERMO DUPUIS, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: FERNANDO MARTIN RACIMO, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: JOSE LUIS GALMARINI, JUEZ DE CAMARA

#12514434#254545959#20200206115509510

costas en ambas instancias en el orden causado. III. Se rectifica el método de cómputo de los intereses en la forma indicada en los considerandos. IV. Regulados que sean los honorarios en la instancia de grado, se fijarán los correspondientes a esta Alzada. V. Notifíquese y devuélvase.

Fecha de firma: 06/02/2020
Alta en sistema: 13/02/2020
Firmado por: JUAN CARLOS GUILLERMO DUPUIS, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: FERNANDO MARTIN RACIMO, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: JOSE LUIS GALMARINI, JUEZ DE CAMARA

#12514434#254545959#20200206115509510