



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

GONZALEZ LILIANA MABEL C/ DIA ARGENTINA S.A S/ DAÑOS Y
PERJUICIOS Exp: 74678 Jz 10

Reg. Sent. Def: 108

Folio Sent Def: 802

Lomas de Zamora, a los 23 días de agosto de 2017, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces que integran esta Excma. Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia, Sala I, de este Departamento Judicial, Dres. Carlos Ricardo Igoldi y Javier Alejandro Rodiño con la presencia del Secretario actuante, se trajo a despacho, para dictar sentencia, la causa n° 74678, caratulada: "GONZALEZ LILIANA MABEL C/ DIA ARGENTINA S.A S/ DAÑOS Y PERJUICIOS ".- De conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, del mismo Estado, la Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes:

-C U E S T I O N E S-

1°.- ¿Es justa la sentencia dictada?

2°.- ¿Qué corresponde decidir?

Practicado el sorteo de ley (art. 263, últ. parte, Cód. Proc.), dio el siguiente orden de votación: Dres. Javier Alejandro Rodiño y Carlos Ricardo Igoldi.-

-V O T A C I O N-

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

A la primera cuestión, el Dr. Javier Alejandro Rodiño dice:

I.- El señor Juez a cargo del Juzgado de primera instancia en lo Civil y Comercial N° 10 Departamental, dictó sentencia a fojas 587/592 por medio de la cual admitió la demanda por indemnización de daños y perjuicios interpuesta por Liliana Mabel Gonzalez contra Día Argentina S.A. y condenó en consecuencia a la demandada a abonar en el plazo de diez días de ejecutoriada la sentencia la suma de \$ 80.000, más los intereses indicados en el considerando pertinente. Hizo extensiva la condena a "Alianza Argentina Cia. de Seguros S.A.", citada en garantía, en la medida del contrato de seguros e impuso las costas a a la demandada y a la aseguradora vencida.

El pronunciamiento fue apelado a fs. 600 por el letrado apoderado de la parte demandada y a fs. 602 por el letrado apoderado de la citada en garantía.

Radicadas las presentes actuaciones en esta Sala, a fs. 513/616 expresó agravios la parte demandada, y a fs. 617/618 hizo lo propio el letrado apoderado de la citada en garantía, mereciendo la réplica de sendos agravios por parte de la actora a fs. 620/623.

A fs. 625 se llamó la causa para dictar sentencia por providencia que se encuentra consentida.

II- DE LOS
AGRAVIOS

De la demandada: Se agravia la parte demandada -en forma resumida- por considerar que fue errónea la valoración de la prueba que efectuó el Sr. Juez a quo y consecuencia de ello la equivocada aplicación de la norma contenida en los arts. 1109 y 1113 del Cod. Civil. Asimismo se agravia por la errónea admisión de una reparación por daño moral y por daño psicológico. Por último se agravia por la tasa de interés fijada, en infracción a la doctrina legal vigente de la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Buenos Aires.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

De la citada en garantía: Se agravia el letrado apoderado de la citada en garantía por los montos indemnizatorios determinados por el a quo, los que considera exagerados. Sostiene que la valoración efectuada por el Sr. Juez para llegar a los montos de condena, no está conformada por un claro razonamiento que permitan analizar la justicia y procedencia de las premisas tenidas en cuenta para llegar a tan excesivas cifras, las que a su entender, resultan desproporcionadas con la entidad de los daños que dice haber padecido. Hace otras consideraciones al respecto que son tenidas en cuenta.

III- CUESTION

PRELIMINAR.-

Que habiendo entrado en vigencia el 1° de agosto de 2015 el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994; circunstancia sobreviniente por la cual corresponde determinar en primer término la ley aplicable a los supuestos como el que nos ocupa.

Que el artículo 7 del nuevo ordenamiento vigente establece la aplicación inmediata de las leyes a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, agregando a párrafo seguido que las mismas no tienen efecto retroactivo, salvo disposición en contrario. Dispone a su vez que las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

Que ambos principios (aplicación inmediata e irretroactividad de la ley), bien entendidos, se complementan.

Que de tal modo, corresponde entender -como regla general- que la nueva legislación se aplica inmediatamente a todos los supuestos acaecidos a partir de su entrada en vigencia, así como también a aquéllos otros que, habiéndose originado aún en fecha anterior, producen sus consecuencias jurídicas con posterioridad a la sanción de la norma.

No será aplicable entonces a las relaciones o situaciones jurídicas -y sus consecuencias- consumados, agotados o extinguidos con anterioridad a su vigencia, excepto cuando, claro está, exista disposición legal en contrario.

Que, sentado ello, sin perjuicio de que en la relación jurídica obligacional en la que se funda el reclamo nació en el momento en el que se denuncia la producción del hecho dañoso -esto es el 10/09/2005-; lo cierto es que en la especie se evidencia una clara y concreta relación de consumo entre los contendientes. Razón por la cual al hallarnos frente a la excepción prevista en el citado artículo 7, considero que el conflicto deberá ser juzgado bajo la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (En este sentido, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., en La Ley 02/06/2015, punto IV último párrafo.; LORENZETTI, R. L., en "Cód. Civ. y Com. de la Nación Comentado" T. I, p. 47 y sgtes, Ed. Rubinzal Culzoni; "Cód. Civ. y Com. de la Nación Comentado" Tit. Prel. y Libro I, Ed. INFOJUS; p. 23 y sgtes; íd. SCBA, Ac. 107.423; art. 7, 3° párrafo, Cod. Civ. Com.).

IV- Consideración de las quejas-

1- En ocasión de contestar el traslado de los agravios, la actora ha acusado a la contraria de no haber cumplido con la carga que impone el artículo 260 del código de rito.

Tocante al pedido hecho en la réplica para que se declare desierto el recurso, basado en la inexistencia de suficiente fundamentación, debo dejar sentado que esta Sala -desde su anterior integración-, se



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

ha impuesto un criterio de exigir la formulación de una crítica concreta objetiva, razonada y circunstanciada de todos y cada uno de los fundamentos del fallo.

Es así, que el desarrollo de los agravios a la luz del artículo 260 del Código Procesal Civil y Comercial de nuestra provincia supone, como carga procesal, una exposición en la que mediante el análisis razonado y crítico del fallo impugnado se evidencie su injusticia.

La expresión de agravios debe contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que se consideren equivocadas, en base a las constancias de autos, debiendo ser la pretensión de la quejosa autosuficiente y demostrativa de los desaciertos del Magistrado, pues no resulta ataque idóneo las meras afirmaciones del recurrente no avaladas en circunstancias emergentes del proceso, ni la mera disconformidad con lo decidido, toda vez que este proceder en manera alguna satisface la requisitoria legal de los artículos 260, 261 y 266 del rito y, en consecuencia, acarrea como lógica conclusión, que corresponda desierto este aspecto del recurso (esta Sala, causa: 65280 RSD: 231/08 S 01/07/2008 in re "Moravicky, Alejandro c/Bressan, Luciana s/Ds y Ps").

Esta Sala ha dicho, a su vez, que en los casos que aún mínimamente se cumplieran tales extremos, y se entendiera que está en juego el principio de defensa en juicio, corresponde atender tales quejas, siguiendo la denominada doctrina amplia -pero acoto- sólo excepcionalmente se ha seguido este criterio (CALZ Sala I Reg. Sent. Def. 181/92, 46/93, 138/93, 177/93, 96/94, 56/98, 169/99 y ot.).

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En mi concepto, los escritos cuestionados no pueden ser calificados de insuficientes, respecto de las críticas que formulan al decisorio apelado.

En consecuencia estimo necesario atender sus quejas, y revisar la justicia del fallo (Doctrina del art. 260 CPCC y jurisprud. Anotada).

2- Pongo de resalto que la obligación de los Magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo, se circunscriben a las que estimen necesarias para la sentencia que deban dictar (Santiago C. Fassi, "Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado", TºI pág. 278). No se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimidos por las partes, ni tampoco a rebatir todos y cada uno de los fundamentos por ellas invocados (CALZ, Sala Iª, RSD-60-07, del 13-III- 07).

No es vano recordar que cuando un expediente llega a la Cámara de Apelación en virtud de un recurso, es la Alzada quien adquiere la plenitud de la jurisdicción, ocupando desde ese entonces la misma posición que tenía el Juez de Primera Instancia; le corresponde idénticos deberes y derechos (C.S.J.N., 2-11-95, in re "Miguel, Lorenzo c/ Estado Nacional"; "Sandler, Héctor c/ Estado Nacional", Rep. El Derecho, Tº30, pág. 1072, nº 21; CALZ, Sala I, 4-IV-06, causa nº 62.061, RSD-60, Diario El Derecho, 12-IX-06, nº 11.591, fallo 54.240).

Es que es función esencial de la judicatura la subsunción de los hechos alegados y probados en la norma legal correspondiente (S.C.B.A, L. 35.795 del 3.6.1986). En efecto, de conformidad con la regla "iura novit curia" el juzgador tiene la facultad y el deber de analizar los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando de modo autónomo la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes (C.S.N. reseña E.D. 119-714 nº 584).

3.- En autos se persigue el resarcimiento del daño moral y psicológico ocasionado por presuntos actos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

discriminatorios ocasionados a la actora en circunstancias en que esta quiso ingresar con su perro lazarillo, debido a su condición de no vidente -circunstancia esta que no ha merecido cuestionamiento alguno-, al establecimiento "Supermercado de ahorro Día", donde le fue negado su ingreso con el can por el personal de seguridad de dicho establecimiento en dos oportunidades y de manera denigrante.

Que si bien el señor Juez sentenciante de grado anterior encuadró la cuestión dentro de la órbita de aplicación de los artículos 1078, 1109 y 1113 del Cod. Civil; teniendo en especial consideración lo expresado en la cuestión preliminar, el marco normativo a aplicarse en el caso que nos ocupa resulta ser el relativo a la relación de consumo regulado en los arts. 1092 y sigts. del Código Civil y Comercial de la Nación; teniendo en cuenta la actividad desarrollada por el demandado (supermercado) y en la circunstancia en la que se encontraba la actor en el momento del hecho.

En efecto, no existe discusión en cuanto a que el hecho de marras ocurrió en circunstancias en que la actora se encontraba queriendo ingresar al salón de ventas del supermercado de la firma demandada "Dia Argentina S.A.".

Siendo ello así, es dable destacar al respecto que, desde la vigencia de la ley de Defensa del Consumidor y del texto constitucional (art. 42 Constitución Nacional), la protección del consumidor ha sido admitida como un principio general informador del ordenamiento jurídico de derecho privado que obliga a los jueces a interpretar y aplicar la normativa especial del consumo al derecho de daños con sus valoraciones inherentes, imponiendo sus

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

soluciones tuitivas a ella, teniendo siempre como norte la norma que más favorece a la persona humana, a sus derechos y a sus particulares circunstancias.

En este sentido, la actual Jurisprudencia nos va mostrando como los aportes del derecho de consumo han comenzado a trasladarse y reflejarse en el derecho de daños, e incluso en el ámbito procesal, que deja de lado la distribución clásica de la carga de la prueba, con la denominada teoría de las cargas probatorias dinámicas, es decir, quien está en mejores condiciones de probar debe hacerlo.

En síntesis, los principios generales del derecho de Defensa del Consumidor, han atravesado a todo el ordenamiento jurídico dando nacimiento a un nuevo derecho de daños. Tales principios deben constituir el horizonte axiológico que se impone a los magistrados en sus sentencias, quienes tienen ante sí una función trascendental en la protección de los débiles socioeconómicos y jurídicos.

Sentado ello, habré de poner de resalto que el art. 1092 del nuevo código Civil y Comercial de la Nación refiere que la relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Como puede inferirse, dichas disposiciones resultan de protección y defensa, pues en las mismas se parte del supuesto de la debilidad de los consumidores en las relaciones con los empresarios.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Una debilidad motivada en desigualdades reales que lo colocan naturalmente en una posición de desequilibrio (en el poder de negociación, en la inequivalencia del contenido del contrato, derechos y obligaciones recíprocas) y esencialmente en una desinformación del consumidor en torno al objeto de la relación (v. Stiglitz "Defensa de los consumidores de productos y servicios", pag. 31; Juan M. Farina "Defensa del consumidor y usuario", pág. 30/31). Como lo ha señalado el Dr. Galdós (Responsabilidad civil por daños al consumidor en C. Civ. Com. De Bueres-Highton, tomo 3, "B", pág. 296) al decir, que el consumidor integra la categoría de los débiles jurídicos en el marco de la sociedad contemporánea posmoderna y globalizada, notablemente influenciada en sus relaciones jurídicas por la economía del mercado.

Los consumidores, aunque cuantitativamente mayoritarios, ya que "todos somos consumidores", constituyen una minoría cualitativa por su vulnerabilidad e inferioridad técnica, fáctica y jurídica frente al poder de las empresas especialmente las megaempresas, prestadoras y productoras de bienes y servicios.

Por otra parte, dispone el art. 40 de la ley de consumo que si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio.

En otro orden de ideas se ha dicho que "El propio art. 42 de la Constitución Nacional adopta esta expresión de "relación de consumo" para evitar circunscribirse a lo contractual y referirse con una visión más amplia a todas

las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios." (CNac.Ap. en lo Civil, Sala F, autos "Torres Erica C/ Coto CICSA y otro", LL2004A,433, voto de la Dra. Highton de Nolasco).

Por su parte nuestro máximo Tribunal Nacional ha dicho que se debe "considerar también el derecho a la seguridad previsto en el art. 42 CN., que se refiere a la relación de consumo, que abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados. De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quiénes no lo hicieron, o entre quiénes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales". (C.S.J.N., autos: "Mosca Hugo C/ Provincia de Buenos Aires y otros, ED,222-135).

Teniendo en cuenta lo expuesto y por aplicación de las normas que vengo mencionando, no cabe duda alguna de la responsabilidad que le cabe a la firma demandada, atento su calidad de dueño.

4.- En este estadio, resulta atinado analizar ahora el significado que la palabra "discriminar" cobra en el ordenamiento jurídico argentino, tras la sanción de la Ley 23.592.

Es así que podemos encontrar que la palabra discriminación resulta conveniente reservarla como término técnico para designar aquellas situaciones en las que se efectúan distinciones sólo sobre la base de las cualidades naturales o personales de los sujetos involucrados (Carlos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

I. Massini Correas, "Algunas precisiones semánticas sobre la noción jurídica de discriminación", en "El Dercho", pags 694 y 695).

Que el art. 1 de la ley 23.592, ya nos brindaba un significado del término que iba mucho más allá del destrato a las personas por sus solas cualidades personales. Es discriminatoria toda conducta que arbitrariamente impida, obstruya o menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías que consagra la constitución. Y ya fuere que el motivo para tal discriminación se encuentre en cualidades personales o inherentes a la persona (como la raza, la religión, la nacionalidad, el sexo, etc.) o en cualquier otro motivo que desigualitaria y arbitrariamente impida o lastime el pleno ejercicio de un derecho o garantía constitucional. Bastaría que el destrato separatista naciera de la sola e injusta voluntad del discriminador (¡porque quiero!; ¡porque no quiero!; ¡porque me gusta!; ¡porque no me gustás!; ¡porque soy pesado!; ¡porque tengo chapa!, etc.) vedando a otro sujeto el ejercicio de alguno de aquellos derechos o garantías sin causa o motivo que lo justifique, para que nos encontremos frente al acto de discriminación que describe la figura del 1er. párrafo del art. 1 de la ley citada. Nada más, ni nada menos.

Este es además el sentido que la gente, los componentes de la comunidad le dan al término y a la acción de discriminar. Es la descalificación o segregación inmotivada y arbitraria que impide a unos lo que permite a otros, pese a encontrarse unos y otros en un mismo plano de igualdad.

Desde ya que esto es ostensible cuando la injusta distinción se basa en diferencias inherentes a la persona. Por lo que la persona "es", donde claramente se expresa que esta ley está referida a la defensa de los atributos de la personalidad y se ejemplifica con los casos que he llamado emblemáticos de la discriminación y que se enuncian en el 2do. párrafo del art. 1 de la ley 23.592.

Esta amplitud que concedemos al concepto del acto discriminatorio, como acto injusto que lesiona al valor igualdad de una persona con base en un motivo arbitrario cualquiera fuere (y que, en nuestro parecer, no sólo está claramente expresado en el art. 1, 1er párrafo de la ley 23.592, sino también -y con suma rotundez- en los arts. 3: "Los estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente pacto" y 26 "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección por la ley" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y en el art. 24 del Pacto de San José de Costa Rica: "Todas las personas son iguales ante la ley. en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección ante la ley", más allá de las concretas referencias que estos textos al igual que aquella ley hacen a las grandes causas discriminatorias de comunidades, grupos, categorías o clases de personas) parte de una mirada del problema que no es axiológicamente distinta, sino visualizada desde un punto de vista distinto: el del discriminador.

Como lo ha dicho tantas veces nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación "la igualdad importa tratar de modo igual a los iguales en iguales circunstancias". De allí que quien en igualdad de circunstancias vede, obstruya o menoscabe a uno o a algunos el pleno ejercicio de derechos y garantías que permite y facilita a otros, actúa arbitrariamente e incurre en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

injusta discriminación. Este es el sentido a conceder al art. 1 de la ley 23592.

Es evidente que la diferencia de trato está signada por el meridiano de las circunstancias. Ahora bien, determinar cuándo estas circunstancias ameritan un trato diferente y, en todo caso, que ese trato diferencial no esté teñido por la arbitrariedad y la injusticia que lo tornen -de todos modos y pese a la desigualdad o diversidad de circunstancias- en un acto discriminatorio y generador de un daño resarcible en los términos de la ley 23.592, es una cuestión que ha de ser medida por la regla de oro de la razonabilidad. Regla que, en el caso, no alude a la pura lógica, sino que está impregnada por la axiología. Sólo una mirada de tal tenor nos permitirá distinguir cuándo existe arbitrariedad o no (como lo exige el art. 1 de dicha ley) en el trato diferenciador.

Por otro lado, es menester destacar lo dicho por nuestro Máximo Tribunal Provincial en cuanto sostuvo que la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación incorporadas en nuestro derecho interino por las leyes 26.378 y 25.280, han venido a marcar un cambio de paradigma respecto de la concepción de las personas con discapacidad, basado en la autonomía y la dignidad (SCBA LP C 116954 S 08/07/2014 Juez Soria (SD)).

"Así, la CDPD tiene como propósito 'promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con

discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente'" (art. 1).

"En su artículo 3, establece como 'Principio de la Convención': 'el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas' (inc. a)".

"Regula expresamente que: 'Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas las legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad' (art. 4)".

"Reafirma el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida. Afirma que los Estados Partes 'asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y la preferencia de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo mas corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de la autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas' (art. 12)".

"El objetivo se encamina a lograr el pleno respeto a la dignidad de toda persona, con especial énfasis en los casos donde exista vulnerabilidad como, en lo que nos ocupa, las derivadas de la carencia de plena salud mental".

5.- Sentado lo expuesto precedentemente, corresponde analizar la cuestión referida la valoración de la prueba testimonial efectuada por el a quo.

En el análisis de la prueba testimonial debemos traer a consideración que el testimonio se funda en una doble presunción: la conformidad del conocimiento de este con la realidad y la de su fundamento moral; es decir, que no se ha engañado y que no trata de engañar al juez, ya que la fe en la palabra del hombre que ha presenciado el hecho es uno de los pocos recursos que restan al magistrado para la averiguación de la verdad. Además, el valor del testimonio es de libre apreciación por parte del juez, según la norma del art. 384 del CPCC; aunque la referencia a las reglas de la sana crítica está indicando que "el principio de la libertad está constituido en base del criterio objetivo" en oposición "al subjetivismo y al empirismo de la convicción íntima o de la conciencia"; y en particular para esta prueba, el art. 456 dispone que el juez apreciará "las circunstancias y los motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones", también según las reglas de la sana crítica.

Así, cuando los testigos comunican hechos concretos que han caído bajo el dominio de sus sentidos, dando adecuada razón de ciencia de sus dichos, que resultan

coincidentes con otras declaraciones y que no aparecen desvirtuados por prueba contraria, ni se observan contradicciones groseras o expresiones poco verosímiles, no puede prescindirse de tales testimonios, so riesgo de establecer una presunción de mendacidad sin adecuado sustento (art. 443, pár. 2do., CPCC; esta Sala, Exp: 61762, RSD: 81/07 del 15/3/2007, in re "Rivadeo, Maria Rosa del Valle c/Chiodini, Ignacio Hernan y ot s/Ds y Ps").

Es que los testigos no son de la parte que los propuso, sino que constituyen elementos de juicio del proceso. Ello por sí solo es insuficiente para presumir que el testimonio tiende a favorecer a uno de los litigantes. No cabe olvidar que se ha prestado juramento o promesa de decir verdad y a su vez, como son interrogados por las preliminares de la ley, a los fines de facilitar la crítica del testimonio, las circunstancias personales que no se ocultan pueden, en ocasiones, dar mayor fuerza de convicción (arts. 438, 439 del CPCC).

Que de la declaración testimonial de la Sra. Silvina Isabel Mirabella (fs. 157/158) se desprende que la misma conoce a la actora del trabajo. Que el día del hecho paso a buscar en auto a una amiga, Silvia (testigo declarante a fs. 159/160), fue así que vieron a la actora con su perro lazarillo porque la misma resulta no vidente y le ofrecieron llevarla en auto. Que previo a continuar con el viaje la actora les solicitó pasar por el supermercado Dia a comprar un café. Que Liliana -la actora- y Silvia bajaron juntas y ella se quedó estacionando el auto y cuando fue para el supermercado ve que a Liliana la tenían dos personas del brazo como sacándola y que a ella estaba muy angustiada. Se volvieron al auto tratando de contener a la actora y fue allí que les contó que ya le habían dicho que no podía entrar con el perro al supermercado, pero también les dijo que había hablado la misma con alguien, que no se acordaba quien era, pero que le habían dicho que por su condición podía concurrir con su perro al supermercado.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

A su turno, la Sra. Silvia Cristina Perez, quien declaró también como testigo a fs. 159 manifestó conocer a la actora desde unos siete u ocho años, por tener un kiosco en el edificio donde trabaja la testigo. Asimismo manifestó haber acompañado a la actora al supermercado y vió como el encargado y una persona de seguridad le dijeron que con el perro no podía entrar, que ya se lo habían dicho, continuó su relato diciendo que la empujaron y la sacaron. Que fue una situación muy mala, que empujaban con las piernas al perro y sostuvo que cree que le dijeron a la actora que "...con ese perro de mierda no podes entrar...". Fue así que junto con Silvina Mirablella - testigo referida en el párrafo precedente- la sacaron de allí, la tranquilizaron y la llevaron al trabajo.

Por otro lado, de la declaración de la testigo Verónica Andrea Pazos (fs. 163) quien dijo ser empleada de la parte demandada como supervisora, si bien manifestó no encontrarse a cargo de la sucursal de Banfield a la fecha del hecho, sostuvo que en caso de presentarse una persona no vidente con su perro en una sucursal, según las normas internas de la empresa, lo tienen que dejar entrar.

Ahora bien, analizando rigurosamente dichos testimonios y merituándolos bajo la luz de la sana crítica, los mismos logran formar convicción sobre mi persona, ya que efectivamente los extremos invocados por el recurrente y que fueran motor de sus agravios, no se vislumbran palmariamente (arts. 384 y 456 del CPCC).

Sentado ello, es menester poner de resalto, que los magistrados son soberanos en la apreciación de las declaraciones testimoniales, analizadas como se ha efectuado, conforme las reglas de la sana crítica. Los

jueces no solamente concluyen en sus sentencias con el literal con frente de los testimonios que se les brinda en análisis, sino que lo hacen al materializar en ellos su lógico pensamiento luego de formarse convicción de la verdad moral como terceros imparciales en la contienda, dando así valor a las deposiciones que se conforman con la realidad.

Estos elementos, resultan suficientes a los fines de tener por acreditado que los hechos ocurrieron de conformidad con el relato efectuado por la actora en su escrito de inicio.

He de concluir así, diciendo que coincido - pero con otros argumentos- con lo resuelto por el Magistrado de la anterior instancia y consecuentemente propongo al Acuerdo, confirmar en este punto, la sentencia dictada (arts. 1092, 1710, 1711, 1716, 1758 y cctes del Cod. Civ. y Com.de la Nación; arts. 375, 384, 456, y concds. del Cod. Procesal y art. 42 de la Const. Nacional).

Seguidamente, habiendo la letrada apoderada de la parte demandada y citada en garantía cuestionado la procedencia y el quantum de los rubros indemnizatorios, corresponde abocarme al tratamiento de aquellos.

V -Rubros-

1) Daño moral:

Los recurrentes se disconforman por la procedencia y por el quantum que se ha asignado a este rubro.

Al respecto diré que la comisión de un acto antijurídico permite por si sola, presumir la existencia de agravio moral, es una prueba in re ipsa, surge inmediatamente de los hechos mismos (art. 1078 del Cód. Civ.).

El daño moral es aquel que afecta principalmente los derechos y atributos de la personalidad, de carácter extrapatrimonial, y su reparación tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

integridad física, el honor y los mas sagrados afectos. No requiere prueba específica en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica (art. 1078 del C.C. Y su doctrina; SCBA 13-6-89, "Miguez Rubén y otro c/ Comarca S.A. y otro" -L 40.790- El derecho T° 136 pág.526).

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ha expresado en casos similares que al no requerir prueba específica alguna, ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica -daño in re ipsa- correspondiendo al responsable del hecho dañoso acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de dicho daño. (conf. causas Ac. 55.648, sent. Del 14-VI-96; Ac. 57.523, sent. del 28-V-96; L.38.931, sent. del 10-V-88 en A y S1988-II-114, entre otras).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha impuesto la doctrina que establece que el daño moral tiene carácter resarcitorio, el que surge de textos legales expresos (arts. 522 y 1078 del C.C.), no teniendo que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este ("Forni, Francisco y otros c/ Ferrocarriles Argentinos s/ Indemnización de Daños y Perjuicios" F 439.XXI, setiembre 7 de 1989).

Como bien dice Von Ihering, en "Ouvres Choisies" Paris, 1893, T° II Pags. 154,155 y 179, al que sufre un perjuicio debe serle reparado no solamente por las pérdidas pecuniarias sino también por las restricciones llevadas a su bienestar, a sus conveniencias, por los disgustos, las agitaciones del espíritu que le han sido causadas. La persona, según este autor, puede ser lesionada por lo que

es y por lo que tiene. En lo que es: su cuerpo, su libertad, su honor y en lo que ella tiene en sus relaciones con el mundo exterior.

No puede dejar de considerarse que la reparación del agravio moral corresponde no solo por lo dispuesto por los arts. 522 y 1078 del C.C., sino también por lo establecido en la Constitución Nacional al jerarquizar los tratados como el Pacto de San José de Costa Rica -art.11- (esta Alzada, Sala I RSD 53/00 y 270/05 entre otros).

La cuantificación del daño moral queda sujeta mas que cualquier otro concepto, al prudente arbitrio judicial, dependiendo del hecho generador, así como las particulares situaciones que en cada supuesto se verifican (SCBA Ac. 42.303, 3-4-90).

Tratándose de un perjuicio que por su propia naturaleza, no resulta mensurable, se debe recurrir entonces a pautas de razonabilidad, que intenten acercar equitativamente la tasación a la realidad del perjuicio.

Y en esa misma dirección, siendo que el daño moral es una alteración profundamente subjetiva e inescrutable, la apreciación debe ser naturalmente objetiva y abstracta. Para ello debe tomarse en consideración cual pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo de una persona común, colocada en las mismas condiciones que se halló el damnificado. (Bustamante Alsina, Jorge "Equitativa valuación del daño mensurable", en La Ley 1993-H-347 y ss).

Lo que se procura, en definitiva, es alcanzar un objetivo justo dentro de una seguridad mínima, que no priorice la situación del dañador, ni automaticice la indemnización, desentendiéndose de las particularidades de cada suceso.

Dentro de dicho contexto interpretativo, estimo justo el monto indemnizatorio fijado por el a-quo en este concepto, y que debe ser confirmado, lo cual dejo propuesto al Acuerdo (art. 1078 Cod. Civil y Com. de la Nación; art. 165 CPCC).

2) Incapacidad psíquica:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Los recurrentes se agravian en cuanto a la procedencia y al monto por el cual ha prosperado este rubro.

El daño psíquico puede importar un daño patrimonial indirecto en tanto produce deterioros orgánicos que impiden el ejercicio habitual de la actividad laborativa de la víctima, y en todo caso infligen un daño patrimonial directo al disminuir o afectar la integridad personal. La disminución de las aptitudes psíquicas constituye un daño resarcible, cuando provoca una incapacidad total y permanente, pero también cuando la víctima no desempeña al momento actividad alguna (Rey, Rosa-Rinnesi, Antonio "La cuantificación del Daño. Sus implicancias" en "Cuantificación del Daño 2001-1" Edit. Rubinzal- Culzoni, pag. 45).

Al respecto, la perito psicóloga Lic. Gladys Nerea Lopez en su dictamen de fs. 546/548 sostuvo que la actora no pudo seguir trabajando en el lapso sobreviniente al hecho traumático donde atendía un quiosco otorgado por su discapacidad por el Organismo Nacional de Bienes del Estado. Sus mecanismos defensivos se alteraron, se inhibió su locomoción paralizándose, aumentando su inseguridad personal y tuvo que utilizar dos lazarillos; un perro y un pariente discapacitado que posee muletas.

Sostuvo que recibe una asistencia mínima por su incapacidad, circunstancia que aumenta su preocupación por la supervivencia. Que tiene un alto grado de ansiedad depresiva y existe en ella un constante reclamo por la injusticia de estar ahora con el sentido de la vista definitivamente deteriorado y no tener confianza ni en el género humano ni en Dios. Que tiene exaltación depresiva pos traumática donde padece una regresión de su evolución

afectiva vincular a estados primeros de su desarrollo donde la inseguridad y la falta de inestabilidad afectiva se manifiestan. Que tiene una distorsión se su identidad avasallada por la minusvalía y la crueldad de la exclusión. Que a raíz de todo ello encuentra un daño psíquico de un 30 % inscripto en el estrés pos traumático de carácter irreversible, conforme baremo Rubinstein de Reconocimientos Médicos de la Provincia de Bs. As..

La pericia no ha merecido pedido de explicaciones de ninguna de las partes.

Ahora bien, no hay ninguna duda que la preexistencia de la discapacidad que cuenta la actora -no vidente- resulta previa al hecho de marras, circunstancia esta que no descarta per se el desarrollo de un cuadro psicológico postraumático como el que efectivamente nos describe la perito en su informe, por lo que habiéndose demostrado las consecuencias negativas que este episodio ha generado en la Sra. Liliana Mabel Gonzalez, entiendo que corresponde la indemnización de este daño aunque -claro está- dentro del marco prudencial que la apuntada situación nos impone

En base a lo expuesto, estimando las condiciones personales del reclamante -ya detalladas-, el daño psíquico descripto y las demás circunstancias que emergen del plexo probatorio adunado, considero justo el monto indemnizatorio fijado por el a-quo en este concepto, y que debe ser confirmado, lo cual dejo propuesto al Acuerdo (arts. 165, 375, 384, 472 y 474 del CPCC).

3) De los intereses:

Pretende los recurrentes la aplicación de la tasa pasiva, es decir la que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a plazo fijo a treinta días, en lugar de la tasa bip fijada por el a-quo por considerar que la misma le genera un mayor deterioro patrimonial.

Que, dicha modalidad de la tasa pasiva (bip digital) es la que ha venido fijando este Tribunal desde el 27/03/2015 (Cfr. autos: "Aguilera, Azucena Petrona c/El Puente SAT y ot. s/Ds. y Ps., Expte. 71489, RSD 20/15 y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

muchos otros); criterio que por el momento resulta coincidente con la reciente doctrina legal de la SCBA en autos "Ubertalli Carbonino, Sivlia c/ Municipalidad de Esteban Echeverría s/ demanda contencioso administrativa" (Ac. B. 62488, sent 18/05/2016; arts. 622 y 623 del Cód. Civil); razón por la cual teniendo en cuenta el marco propio del recurso, habré de proponer al Acuerdo su confirmación.

VI- En virtud de las razones y fundamentos expuestos, citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales, siendo íntegramente justo el decisorio apelado, VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la misma primera cuestión, el Dr. Carlos Ricardo Igoldi, por consideraciones análogas, TAMBIEN VOTA POR LA AFIRMATIVA.

A la segunda cuestión, el Dr. Javier Alejandro Rodiño dice:

Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede, corresponde confirmar la sentencia apelada en la medida de los recursos y agravios, con costas de Alzada a la demandada y la citada en garantía quienes continúan con su condición de vencidos (art.68 del C.P.C.C). Los honorarios profesionales se regularán en su oportunidad (Ley 8904).

-ASI LO VOTO-

A la misma segunda cuestión, el Dr. Carlos Ricardo Igoldi, por compartir fundamentos, VOTA EN IGUAL SENTIDO.-

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

-S E N T E N C I A-

En el Acuerdo quedó establecido que la sentencia apelada es justa y debe confirmarse. Que las costas de Alzada deben imponerse a la demandada y citada en garantía que continúan con su calidad de vencidos (art.68 del C.P.C.C).

POR ELLO, CONSIDERACIONES del Acuerdo que antecede y CITAS LEGALES, I- Confirmase la sentencia apelada.

II- Imponer las costas de Alzada a la demandada y la citada en garantía quienes continúa con su condición de vencidos (art.68 del C.P.C.C). Los honorarios profesionales se regularán en su oportunidad (Ley 8904).

III- Regístrese. Notifíquese y, consentida o ejecutoriada, devuélvase a la instancia de origen.

JAVIER ALEJANDRO RODIÑO
JUEZ DE CAMARA

CARLOS RICARDO IGOLDI
PRESIDENTE

SEBASTIÁN CARLOS A. SALAS
AUX. LETRADO