



# Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA K

**“P., O. R. contra CIENFUEGOS S.A. y otro sobre Daños y Perjuicios”.**

Juzgado n° 30.

Expediente n° 13.926/2009.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 4 días del mes de mayo de 2017, hallándose reunidos los Señores Vocales integrantes de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a fin de conocer en el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia dictada en los autos caratulados: **“P., O. R. contra CIENFUEGOS S.A. y otro sobre Daños y Perjuicios”**, habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden del sorteo de estudio la Dra. Lidia Beatriz Hernández dijo:

Contra la sentencia de grado dictada a fs. 812/823 que rechazó la demanda, expresó agravios el actor a fs. 849/860, los que no fueron contestados.

I.- La cuestión litigiosa.

El actor reclamo la indemnización por los danos y perjuicios que sufrió a raíz de la explosión de un producto de pirotecnia. Relato que en la madrugada del 1 de enero de 2008, finalizada una reunión festiva familiar que se realizó en el domicilio de la calle xxx de esta Ciudad, salió a la vía publica para mirar y participar del espectáculo de pirotecnia que tuvo lugar en ese barrio con motivo de la conmemoración del año nuevo.

En tal escenario se dispuso a encender un fuego artificial dando cumplimiento con las pruebas de seguridad que indicaba el producto, fabricado y distribuido por Cienfuegos S.A.

Explico que el artefacto suponía que, luego de su activación y transcurrido un tiempo suficiente para que el usuario pueda retroceder al menos 30 metros desde el encendido de la mecha, sean proyectados al aire fuegos artificiales de colores.

Así las cosas, cuando se dispuso a encender la mecha el proyectil se disparó de manera totalmente repentina, en el mismo instante del encendido, desplazándose de su trayectoria e impactando contra su rostro, lo que le provocó el estallido del glóbulo ocular, la pérdida total de la visión de su ojo izquierdo y serio compromiso de la visión de su ojo derecho.

Dirigió su acción contra Cienfuegos S.A. en su carácter de fabricante y distribuidora de la cosa generadora del daño, imputándole la falta de medidas de seguridad en la fabricación del producto. Requirió condena por daños punitivos.

Cienfuegos S.A. reconoció que se dedica a la producción y comercialización de productos relacionados con la industria pirotécnica de venta libre y controlada, así como a la realización de espectáculos visuales, fuegos de artificio, acuáticos y lumínicos.

Sostuvo que realiza su actividad comercial en el marco de la normativa vigente y con la fiscalización permanente del Registro Nacional de Armas (RENAR) y que para su fabricación extrema todos los controles de calidad. Negó ser el fabricante del elemento riesgoso.

Alegó la culpa de la víctima. Dijo que el reclamante manipuló el elemento sin respetar las instrucciones para su uso.

Pidió que se decrete la pluspetición inexcusable en el reclamo. Requirió la citación en garantía de “El Comercio Compañía de Seguros A Prima Fija S.A.”, (conf. contestación de fs.114/132 y fs. 165/192 respectivamente).

En la instancia de grado se rechazó la demanda por culpa de la víctima. Tal determinación motivó el agravio del actor, quien objetó la valoración probatoria que efectuó el primer sentenciante. En estos términos pide la revocación del decisorio.

Previo al tratamiento de los agravios señalaré que en atención a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994 y su modificatoria ley 27.077), de conformidad a lo previsto en su art. 7 y teniendo en cuenta la fecha del hecho dañoso resultan de aplicación al caso las normas del Código Civil de Vélez.

Por otra parte, no es obligación de los jueces hacerse cargo de la totalidad de las alegaciones formuladas por las partes, pudiendo desechar aquellas que considere innecesarias o inconducentes en relación al objeto del proceso,

centrándose solo en las que sean decisivas (conf. art. 386 del CPCC; C.S.J.N, Fallos 250:36; 302:253; 304:819; 296:445; 297.333; Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado”, Astrea, Buenos Aires, 1993, T. I, p. 620; Colombo, Carlos J. y Kiper, Claudio Marcelo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y Comentado”, Buenos Aires, La Ley, 2006, tomo II, p. 167).

Asimismo corresponde apreciar y valorar las pruebas en conjunto y no aisladamente de conformidad a los principios que inspiran la sana crítica, la que sintetiza en el examen lógico de los distintos medios, la naturaleza de la causa y las máximas de experiencia (Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado”, T II, p. 356).

La certeza no se obtiene con una evaluación aislada de los distintos elementos, sino en su totalidad, de tal modo que unidas eleven al ánimo del juez la convicción de la verdad de los hechos (cfr. Falcón, Enrique, Código Procesal, T.III, p. 190; Peyrano, J. W., Chiappini, J.O. “Apreciación conjunta de la prueba en materia civil y comercial” J.A. 1984-III-799).

II.- La responsabilidad.

El actor reclamo a Cienfuegos S.A. los danos y perjuicios que sufrió el 1 de enero de 2008 a las 0.30 horas en circunstancias en las que encendió un elemento de pirotecnia (mortero bomba) e inesperadamente le explotó en el rostro ocasionándole lesiones de gravedad con la perdida de la visión del ojo izquierdo.

En esta instancia el apelante insiste con los fundamentos de la responsabilidad del fabricante del producto.

El fabricante negó que el elemento que le provoco el daño perteneciera a su marca. En subsidio, alegó la culpa de la víctima en la producción del daño. Ello por cuanto realizo maniobras imprudentes en la manipulación del artefacto, omitiendo así las medidas de seguridad prescriptas en el envase del elemento utilizado.

Con estos argumentos desconoció su responsabilidad por el hecho de autos.

No cabe duda que tratandose en el caso de un producto final elaborado y la relacion de consumo que se advierte entre el fabricante y el consumidor se debe aplicar la ley 24.240, modificada por ley 26.361.

Cuando el daño es producido por un producto elaborado resulta aplicable el art. 40 de la ley mencionada que prevé la responsabilidad por los daños que resultan por el vicio o riesgo de la cosa o de la prestación de servicios, estableciendo la responsabilidad objetiva y solidaria de toda la cadena que integra el proceso productivo, sin perjuicio de las acciones de regreso

existente entre los legitimados pasivos, incluyendo así al productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor y a quien haya puesto o permitido que ponga, su marca en la cosa o servicio (conf. esta Sala con voto preopinante del Dr. Ameal en autos "Vieytes, Cecilia J . y otros c. Instituto de Seguros S.A. sobre Danos y perjuicios, de diciembre de 2013).

En este sentido, se ha sostenido que siempre que se estuviera en una relación de consumo en cualquiera de sus etapas, debe aplicarse el sistema de protección del consumidor sin importar la existencia o no de un vínculo contractual (Álvarez Larrondo, La consistencia de los danos punitivos, La Ley del 7 de abril de 2009 y Lorenzetti, Ricardo Consumidores, Ed. Rubinzal Culzoni, 2003, p. 74).

Se trata de un deber de seguridad objetivo que surge de los arts. 42 de la Constitución Nacional y los arts. 5, 6 y 40 de la ley 24.240. Se ha afirmado que se trata de una obligación de carácter principal y autónoma, erigiéndose en un derecho de los consumidores y usuarios (conf. Ghersi-Weingarten Manual de los derechos de usuarios y consumidores, p. 215 y ss).

Si bien la demandada negó que el producto perteneciera a su marca, la aseveración efectuada por el experto en el dictamen a fs. 589, donde luego de cotejar el producto utilizado por el actor y el aportado por la emplazada concluyó que se trata de dos artefactos pirotécnicos equivalentes, de igual diseño y fabricación, identificados por el fabricante como "TREMETERRA 1" Código A4256, denominados "Mortero con bomba", su negativa fue rebatida por prueba en contrario.

Encontrándose entonces probada la calidad del fabricante del producto indicado como generador de un daño aquel resulta siempre responsable salvo que acredite que la causa del daño le ha sido ajena como causal eximente de responsabilidad, acreditando la exclusión del nexo causal: culpa de la víctima o la culpa de un tercero por quien no deba responder o el *casus* (Vázquez Ferreira, R. La Obligación de Seguridad en la Responsabilidad civil y Ley de contrato de trabajo, Rosario, p. 105).

En este sentido Cienfuegos S.A. sostuvo que el actor hizo una incorrecta manipulación del producto, hipótesis avalada en la instancia de grado.

Para someter a revisión el pronunciamiento apelado se cuenta con las declaraciones testimoniales aportadas en la causa.

Los testigos presenciales del hecho, de forma coincidente, manifestaron que el día en el que ocurrió el accidente estaban festejando en la vía pública la llegada del año nuevo a la altura del n° xxx de la calle xxx de esta Ciudad, haciendo uso de elementos de pirotecnia.

Relataron que en tal escenario la víctima intentó utilizar un cohete (mortero con bomba). Explicaron que apoyo el artefacto en el suelo, se puso en cuclillas, lo aseguró con dos piedras a sus costados y cuando encendió la mecha el producto explotó inmediatamente en su rostro, sin darle tiempo a nada *sic* (ver declaraciones de fs. 386, fs. 400, fs. 401 y fs. 402).

En cuanto a las instrucciones de uso del producto se indica su uso únicamente en lugares abiertos, a 70 mts. mínimo de personas, vehículos, animales, edificaciones, redes eléctricas, estaciones de servicio, depósitos inflamables o explosivos.

Debe apoyarse la base del mortero en el suelo y asegurarlo con algún elemento firme para mantener su verticalidad, la fecha indicativa debe siempre apuntar al cielo.

Descubrir la mecha rompiendo la etiqueta en el lugar indicado. No colocarse nunca sobre el canon al encender la mecha. Encender la mecha y alejarse mínimo 30 metros la bomba saldrá disparada hacia el cielo aproximadamente a 80 metros de altura. Si la mecha no enciende el canon no funciona, no debe intentarse utilizarlo nuevamente (ver transcripción en el peritaje).

Del relato de los testigos surge que la víctima actuó dentro de lo indicado en la etiqueta del producto hasta que el procedimiento se tornó trunco cuando la pirotecnia explotó en el rostro del actor. Es decir que no puede conocerse más que de forma conjetural que fue lo que provocó la explosión del producto.

Resulta para este Tribunal trascendente en este punto lo declarado por el testigo Frazzeto. Ello, por cuanto asevero que no fue el primer cohete que había encendido esa noche el actor. Dijo que anteriormente utilizó otros y que “ni bien veía la chispita” el actor se alejaba del cohete. Es decir, la noche del accidente la víctima venía haciendo uso de pirotecnia con la metodología descrita, no hay elementos que permitan sostener que con el cohete que explotó el actor hubiera decidido modificar la metodología de uso: correr apenas la mecha se encendía (ver declaración de fs. 384).

Los testimonios aportados resultan objetivos y eficaces a fin de representar la forma en la que sucedió el accidente.

En este aspecto, cabe destacar que en la apreciación de la prueba testifical el magistrado goza de amplia facultad; admite o rechaza la que a su criterio indique como acreedora de mayor fe o descartando la incongruente o inverosímil, en concordancia con los demás elementos de mérito que obren en el expediente (CNCom. Sala B, abril 13-2007, Lexis 1/1022623).

Se le ha reconocido al juez una amplia facultad en la apreciación de la prueba testimonial, reconociéndole la posibilidad de admitir la que a su justo criterio aparezca como objetivamente verídica o rechazar las que así no considera (CNCiv. Sala H, dic. 20/2002, Lexis 1/5516135; CNCiv. Sala M, octubre 31/1990, Lexis, 2/13100; CNCiv. Sala D, feb.22-2007, Lexis 1/70037544-1).

En tal entendimiento, no comparto la conclusión arribada por el primer sentenciante en cuanto otorgo preeminencia a los términos del dictamen pericial por sobre la prueba testimonial. Seguidamente se explicará.

Si bien es cierto que nuestra norma de procedimiento no habilita la sustitución probatoria, previendo medios probatorios idóneos frente al objeto litigioso del que se trate, en el caso, tal como se adelantó, las declaraciones testimoniales resultan eficaces para probar la relación casual entre el hecho y el daño (ver art. 378 y art. 397 del Código Procesal).

En efecto, si bien las conclusiones periciales descartaron desperfectos de origen constructivo en el artefacto que fue disparado, así como que el orificio de entrada y base del canon no presentara deterioros, tales aseveraciones no permiten deslindar de responsabilidad al fabricante del producto.

Ello, por cuanto el experto al describir las funciones que tienen los elementos que componen el mortero con bomba explico que la mecha tiene por finalidad permitir el encendido con un tiempo de retardo suficiente para alejarse y evitar consecuencias sobre la integridad física del operador del artefacto pirotécnico, el que tiene una combustión lenta.

Al explicar la posibilidad de un disparo prematuro dijo que podía ocurrir si a pesar de tener combustión lenta la mecha sea corta. Agregó que las instrucciones de uso no advierten sobre las posibilidades de encendido prematuro ni cómo evitarlo.

Tampoco contienen advertencia sobre la necesidad de ser cuidadoso al momento de quitar la etiqueta para no dañar la mecha que esta abajo o detrás de ella.

Finalmente dijo que en todos los casos las trayectorias del disparo del artefacto pueden ser oblicuas o más bien desviadas de la posición vertical respecto del plano que representa el suelo.

En suma, el actor ajustó su actuar a las instrucciones del producto, las que a su vez resultaron insuficientes conforme los términos del dictamen que fueron señalados.

Es que quien tiene la carga de proveer información exacta y detallada al usuario para la utilización del producto es el fabricante.

Obsérvese que el operario del producto es un profano, no se trata de una persona con conocimientos especiales, con lo que no puede exigírsele mayor alcance de conocimiento, mayor prudencia o previsión (art. 902 del Código Civil).

En suma, no encontrándose acreditado un obrar culposo por parte de la víctima en la manipulación del producto es dable presumir, sin ninguna duda, que el hecho base de la demanda tuvo su origen en el riesgo de la cosa.

En este sentido, la investigación sobre el nexo entre la conducta analizada y sus resultados es una cuestión de hecho, supeditada a la apreciación del juez y que se corresponde con sus peculiaridades. De allí que para probar el nexo causal son válidos todos los medios probatorios inclusive indicios o presunciones. El carácter causal del acto puede ser determinado por presunciones y admitirse a título de probabilidad (Cifuentes, Santos, com. art. 901, p. 52, T 4, Código comentado, dirigido por Belluscio y coordinado por Zannoni; Colombo, Culpa aquiliana, I, p. 117, num. 56; Planiol -Ripert, Tratado práctico de derecho civil francés, tr. Diaz Cruz y Le Riverend Brussone, La Habana 1946, VI, p. 740).

En el mismo sentido, reiteradamente ha sostenido esta Sala que la prueba de indicios o presunciones *hominis* se efectúa a partir de la acreditación por vía directa de un hecho del cual se induce indirectamente otro desconocido, en virtud de una valoración hecha por el juzgador basada en la sana crítica. En tal sentido, debe destacarse la necesidad de examinar la cuestión a través del prisma de la causalidad adecuada. De este modo, debe establecerse en el plano jurídico si un suceso es causa de otro. Por consiguiente es necesario realizar *ex post facto* un diagnóstico de probabilidad en abstracto, inquiriendo si la acción u omisión que se juzga era, de suyo, idónea para producir normalmente ese hecho, según el curso natural y ordinario de las cosas (Goldenberg Isidoro, Indemnización por danos y perjuicios, p. 222; Tanzi, Silvia, Alterini, Juan M. La demanda de danos, p. 154; Colombo, "Culpa Aquiliana, T° I, N° 56, p. L17; Borda, "Obligaciones" T° II, n° 1317, p. 243).

Por las consideraciones expuestas propongo al acuerdo revocar la sentencia y hacer lugar a la demanda entablada por O. R. P. contra Cienfuegos S.A. quien deberá responder por las consecuencias del accidente, en tanto media nexo adecuado de causalidad entre el evento y los danos probados (art. 901., art. 905, art. 1067, art. 1068, art. 1069 del Código Civil).

III.- Extension de la condena a "El Comercio Compania de Seguros A Prima S.A.".

El actor adujo la inoponibilidad de la franquicia del seguro contratado por la demandada.

Si bien no desconozco la ventaja que se atribuye a las pólizas con franquicia, al estar conformadas por un costo menor del seguro, debemos recordar que los contratos como regla general no pueden perjudicar a terceros, tampoco pueden oponérseles ni ser invocados por ellos (art. 1195 y art. 1199 del Código Civil). Ergo, el contrato rige la relación jurídica entre los contratantes, excluyendo a los terceros: *res inter alios acta*.

Explica Stiglitz que esta regla nunca quiso decir que las convenciones no ejerzan repercusión contra los terceros, sino solamente que no pueden hacer nacer un derecho en contra o en favor de un tercero, esto es que carecen de aptitud para convertir a una tercera persona en acreedora, deudora o propietaria; solución perfectamente racional: si el contrato es una ley, es una ley entre las partes. En síntesis, el principio general que emana del art. 1195 del Código Civil, se aplica a lo que se ha dado en denominar “verdaderos terceros”, que son jurídica y definitivamente extraños a las partes contratantes (Stiglitz, Ruben *Derecho de Seguros*, 5° edición. La Ley 2008, p.118).

En tal línea argumental, dado que el seguro por responsabilidad civil se perfecciona entre asegurado y aseguradora, y siendo el damnificado un tercero ajeno a esta relación, se declara la inoponibilidad de la franquicia a la víctima, sin perjuicio claro está, de la acción de regreso por el importe de aquella que pudiera corresponder entre los contratantes.

IV.- La indemnización.

a) Daño físico.

Como es sabido la incapacidad es la inhabilidad, impedimento, o bien la dificultad en algún grado para el ejercicio de funciones vitales. Entraña la pérdida o la aminoración de potencialidades de que gozaba el afectado, teniendo en cuenta de modo predominante sus condiciones personales.

Habrá incapacidad sobreviniente cuando se verifica luego de concluida la etapa inmediata de curación y convalecencia y cuando no se ha logrado total o parcialmente el restablecimiento de la víctima (Zavala de Gonzalez, Matilde, *Resarcimiento de daños*, 2a, Danos a las personas, (Integridad psicofísica), p. 343).

Además, la incapacidad computable en materia resarcitoria no es solamente la laborativa sino que alcanza a todas las actividades de la persona disminuida por una incapacidad, es la llamada “vida de relación” que debe ser ponderada (Mosset Iturraspe, *El valor de la vida humana*, p. 63 y 64).

A fin de valorar la procedencia y fijación del *quantum* indemnizatorio por esta partida se cuenta con la constancia medica remitida por el Hospital oftalmológico Santa Lucia, al que ingreso el actor con estallido del globo ocular izquierdo por explosión de pirotecnia, reparación reconstructiva ocular (conf. documental de fs. 453).

El perito manifestó que la víctima sufrió grave lesión del ojo izquierdo, con pérdida total de la visión. El parpado inferior de su ojo derecho debió ser reparado.

Agrego que por el mismo impacto sufrió flojedad y perdida a posteriori de dos piezas dentarias del maxilar inferior (ver dictamen pericial a fs. 413).

Los tratamientos que se le realizaron a la víctima consistieron en la extirpación del globo ocular izquierdo, sutura del parpado derecho, extracción de la esquirra de la zona palpebral inferior y tratamiento de la herida del mentón del lado izquierdo.

A su turno, el medico oftalmólogo manifestó que el actor fue operado de su ojo izquierdo, en el que se le realizó una sutura palpebral y cirugía exploratoria y reconstructiva del globo ocular izquierdo el que presentaba un estallido anteroposterior.

En el ojo derecho tuvo una úlcera corneal, la que fue curada con tratamiento médico (ver peritaje de fs. 538/546).

Estimo el grado de incapacidad en un 45% de la TO, la que corresponde a la perdida completa del globo ocular izquierdo, donde no se le ha colocado prótesis ocular.

Si bien la demandada impugno el dictamen mediante presentación de fs. 443 y fs. 446 con el asesoramiento de un consultor técnico, las objeciones no lograron restarle eficacia probatoria al peritaje (art. 386 y art. 477 del Código Procesal).

En este aspecto corresponde señalar que la figura del consultor técnico se aleja de la figura del perito y se asemeja a la del abogado de parte en cuestiones técnicas.

Por ello, las razones que pudiera exponer, es como si provinieran de la propia parte.

Se ha sostenido que la tarea del consultor técnico de la parte consiste sustancialmente en el aporte de datos y reflexiones técnicas que sirvan de base para el control de la eficacia probatoria del peritaje; ya sea para corroborar sus conclusiones o demostrar su error. De este modo, las partes cuentan con un auxiliar eficaz para ejercer su derecho de defensa en un ámbito técnico que les es desconocido (CNFed. Civ y Com).

Sala I, 1998-09-03, Galeota, Juan J. c. Alfa Crucis Naviera Argentina S.A, ED 182-247).

A lo expuesto agregare que la prueba pericial resulta ser el medio idóneo no solo para probar la entidad del daño sino además su relación causal con el hecho.

Por los motivos expuestos, en atención a los danos físicos sufridos por el actor, grado de incapacidad acreditado, demás conclusiones del dictamen médico y atendiendo a las circunstancias personales de la víctima, quien contaba con 38 años de edad al momento del hecho, divorciado, 2 hijos, empleado en una concesionaria de autos, propongo al acuerdo reconocer la partida por “Daño físico” en la suma de \$ 400.000.

b) Daño estético.

Si bien, tal como sostuve de forma primigenia en la disidencia que efectué en los autos caratulados “Guarauna Juan Carlos c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ danos y perjuicios”(Libre de fecha 29 de febrero de 2008), a cuyos argumentos me remito, el daño estético carece de autonomía, posición que mantuve en innumerables precedentes de esta Sala, entiendo que en el caso particular el daño estético sufrido por el actor merece ser resarcido en los términos solicitados en la demanda.

Ello, por cuanto el perito manifestó que la víctima sufrió grave lesión del ojo izquierdo, con pérdida total de la visión. El parpado inferior de su ojo derecho debió ser reparado. Presenta marca de esquirlas en la zona de los párpados inferiores producto de la explosión, tatuaje en el ojo izquierdo, zona del parpado inferior producto de la impregnación de la pólvora en la piel. Corte vertical en la zona del mentón, lado izquierdo de 3,5 cm de longitud, hialina, de buena evolución.

Los profesionales aseveraron que la víctima presenta deformidad permanente en su rostro.

En consecuencia, valorando los términos del dictamen pericial conforme las reglas de la sana crítica (art. 386 y art. 477 del Código Procesal) propongo al acuerdo reconocer el “Daño estético” en la suma de \$ 250.000.

c) Daño psíquico y tratamiento psicológico.

El daño psíquico “supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente.

Comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros, pero ya sea como situación estable, o accidental o transitoria, implica en todo caso una faceta morbosa, que perturba la normalidad del

sujeto y trasciende en su vida individual y de relación. No debe por demás ser restringido al que proviene de una lesión anatómica, toda vez que hay importantes perturbaciones de la personalidad que tienen su etiología en la pura repercusión anímica del agente traumático, aunque el desequilibrio acarree eventuales manifestaciones somáticas (conf. Matilde Zavala de Gonzalez, "Resarcimiento de danos", T o 2, p. 187 y sgtes).

El perito manifestó que el actor padece un cuadro de neurosis depresiva reactiva, lo que lo incapacita en un 15% de la TO.

Además le aconsejo que efectúe un tratamiento de psicoterapia con una duración no menor a un año y una frecuencia de una vez por semana. Estimo el costo por sesión en \$150 (conf. peritaje de fs. 553/562).

Si bien el dictamen pericial resulto materia de impugnación con el asesoramiento del consultor técnico, tal acto no desmerece el informe aportado a la causa que cobro absoluta eficacia probatoria (art. 386 y art. 477 del Código Procesal).

Por los motivos expuestos, en atención a los danos psíquicos sufridos por el actor, grado de incapacidad acreditada, demás conclusiones de la prueba pericial y atendiendo a las circunstancias personales de la víctima que ya fueron detalladas propongo al acuerdo reconocer en concepto de "Daño psíquico" y "Tratamiento psicológico" las sumas de \$ 90.000 y \$ 24.000 respectivamente.

d) Pérdida de Chance matrimonial.

La pérdida de "chance" dice Trigo Represas, es una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquel, o sea, que para determinado sujeto había posibilidad a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero el hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades (Autor citado, Reparación de danos por mala praxis médica, p. 241).

En lo que hace específicamente a la pérdida de chance matrimonial, sostengo la falta de autonomía del rubro, debiendo ser valorada al tratar la incapacidad sobreviniente, el daño moral o ambos si es que de la prueba surge tal extremo.

En el caso, la ceguera del actor afecta su bienestar e integridad espiritual, perturba y limita sus vínculos e interacción social, debiendo ser

contemplados dichos extremos en el tratamiento de la partida por "Daño moral".

e) Gastos médicos, intervención quirúrgica, farmacia y traslado.

Es sabido que los gastos terapéuticos son aquellos orientados al restablecimiento de la integridad física de la víctima del hecho. Por lo demás, debe recordarse que es criterio prácticamente uniforme que tales erogaciones se presumen partiendo de las lesiones producidas, resultando procedente la estimación prudencial del resarcimiento con arreglo al art. 165 del Código Procesal (conf. esta Sala en "Soria, Margarita Rosa c/ Transportes de Colectivo de Pasajeros S.A s/ danos y perjuicios, del 23 de marzo de 2006, Libre: 429.027).

En este sentido, se ha sostenido que los gastos médicos, de farmacia y traslados no requieren necesariamente ser probados con la documentación respectiva, pues no resulta razonable exigir su comprobación absoluta, debiendo determinarse la verosimilitud del desembolso de acuerdo con la naturaleza y gravedad de las lesiones (esta Sala 1998-11-11, La Ley 1999-D-180; CNCiv. Sala D, feb. 28-1986, ED 119-208; CNCiv. Sala E, set. 20-1985, La Ley 1986-A-469; CNCiv. Sala G, 1999-12-826, La Ley 1999-E-17; CNCiv. Sala C, 1999-4-27, La Ley 1999-F-666).

Por otra parte, esos gastos deben ser admitidos aun cuando la asistencia haya sido brindada en hospitales públicos o por intermedio de obras sociales, porque de ordinario los pacientes deben hacerse cargo de ciertas prestaciones no amparadas por esos servicios (conf. CNCiv, Sala A, "Romero Selva del C. c/ Montesnic SRL s. danos y perjuicios", del 11 de diciembre de 1997; CNCiv, Sala C, " Sassano, Josefina A c. Lupo Claudio V. y otros s/ danos y perjuicios, del 23/de octubre de 1997; "Portal Alberto N. c. Siarrusta Jorge E y otro s/ danos y perjuicios" de fecha 5 de diciembre de 1995).

En atención a las lesiones sufridas por el actor de acuerdo a la historia clínica agregada en autos y conclusiones del peritaje médico, ante la falta de prueba que acredite el desembolso por gastos de cirugía, se reconoce por esta partida en la suma de \$ 5.000.

f) Gastos futuros. Colocación de prótesis.

El perito manifestó que el actor deberá efectuar sesiones de tratamiento con láser que varían entre U\$S 200 y U\$S 300 la sesión, por un lapso de 3 o 4 meses y control oftalmológico anual.

Requiere además de colocación de una prótesis ocular, cuyo monto se estima en \$ 4.500 y utilización de lentes de policarbonato para mayor seguridad.

El tratamiento de la cicatriz del mentón es pasible con ácido hialurónico, el gasto seria entre U\$S 350 y U\$S 400 dólares.

Valorando lo términos del dictamen pericial (art. 386 y art. 477 del Código Procesal) se reconoce la partida en \$ 30.000.

g) Lucro cesante.

El art. 1069 del Código Civil prevé la reparación no solo del perjuicio efectivamente sufrido (daño emergente) sino también de la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito (lucro cesante) y que el Código Civil designa como “perdida e intereses”.

El lucro cesante no indemniza la perdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros sino el daño que supone privar al patrimonio del damnificado de la obtención de ganancias a las cuales su titular tenía derecho al tiempo del hecho.

Por ello, el daño se considera cierto cuando las ganancias frustradas debían lograrse con suficiente probabilidad de no haber ocurrido el accidente.

No se trata de la mera posibilidad de esas ganancias, tampoco de la seguridad de que ellas se hubieran obtenido, se debe aplicar el criterio de “probabilidad” objetiva, de acuerdo con las circunstancias del caso.

No basta entonces con acreditar alguna actividad desarrollada por el actor sin precisiones en cuanto a su frecuencia y cantidad, sino que debe acreditarse la pérdida o frustración del ingreso.

En la especie el reclamante no acredito la perdida de las ganancias que dejo de percibir a raíz del accidente, por lo que el rubro no puede prosperar.

h) Daño moral.

El daño moral constituye lesión a intereses morales tutelados por la ley, y si bien resulta difícil valorar tal menoscabo, ello no significa que el dolor y las aflicciones no sean susceptibles de apreciación pecuniaria. En tal caso, la indemnización monetaria cumple una función reparadora o de satisfacción, aun cuando no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso (conf. Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, 2 parte, vol. II, p. 72; Von Thur, Tratado de las Obligaciones, T I, p. 99, num.15; Salvat-Galli, Obligaciones en General, T I, p. 215, num.187; Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, T I, p. 371; Busso, Codigo Civil Anotado, T III, p. 414; Orgaz, El daño resarcible, p. 230, num.57; Colombo, En torno de la indemnización del daño moral, La Ley 109-1173; Brebbia, El resarcimiento del daño moral después de la reforma, E.D. 58-230; Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, num.509; Mosset Iturraspe, Reparación del daño

moral, J.A. 20-1973-295; Zannoni, El daño en la responsabilidad civil, p. 321 y ss.).

Es que lo indemnizable es el daño, la determinación del *quantum* tiene que guardar razonable proporción con la entidad del agravio. Pero como la reparación no se hace en abstracto, sino concretamente en cada caso, es justo que la reparación del daño moral este en relación con la magnitud del perjuicio, del dolor o afección cuyo menoscabo, lesión o ataque se repara.

En el caso de autos surge del informe pericial que la víctima sufrió incapacidad permanente psicofísica. En este aspecto, si bien, como he sostenido en varios precedentes, el daño moral no tiene vinculación con el daño material, esto es, no puede fijarse en consideración de su cuantía, pues no es complementario, ni accesorio de este, ello no implica que para determinar el daño moral no se haga mérito del dolor, los padecimientos, la angustia, el menoscabo, la inquietud espiritual, las molestias producidas en las víctimas por los daños psicofísicos y las secuelas del mismo.

Tanto es así, que las lesiones psicofísicas acreditadas en autos permiten presumir el daño moral, sin que corresponda exigir prueba directa del mismo.

Además se contempla el daño moral con sentido resarcitorio, y por otra parte se lo considera en su más amplia dimensión conceptual, razón por la cual sus límites no se fijan en el tradicional *pretium doloris* sino que se extienden a todas las posibilidades –frustradas a raíz de la lesión- que tiene el sujeto para realizar en plenitud su proyecto de vida (Bueres, *El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta*, en Derecho de daños, Homenaje al Profesor Jorge Mosset Iturraspe, p. 176).

En consecuencia, considerando los daños sufridos por el actor, lesiones psicofísicas, incapacidad acreditada y la pérdida de chance matrimonial, propongo al acuerdo reconocer por “Daño moral” la suma de \$ 300.000.

V.- Plus petitio inexcusable.

La demandada pide que se decrete que el actor incurrió en “plus petitio”.

La pluspetición es inexcusable cuando obra mala fe en el peticionante, cuando se pide más de lo debido sin razón, es decir, sabiendo o debiendo saber que el monto excede de lo racional (Colombo- Kiper “Codigo Procesal...” T° 1 Editorial La Ley, p. 514).

Ahora bien, en cuanto a la procedencia de la petición, resáltese que la demandada debió haber reconocido oportunamente la pretensión hasta el límite que se fija en la sentencia y no lo hizo, debiendo en consecuencia ser rechazado lo solicitado en este sentido.

## VI.- Aplicación del daño punitivo.

El actor requiere que se aplique a la demandada la sanción prevista en el art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor.

Con la reforma a la ley 24.240 de Defensa del Consumidor mediante la ley 26.361 –aplicable al caso en estudio–, se incorporó a través del art. 52 bis la figura del daño punitivo.

Los danos punitivos consisten en una multa civil, que se añade a la indemnización otorgada para la reparación del daño, aplicada en beneficio de la víctima. Tiene por fin castigar a los proveedores de bienes y servicios que incurran en graves incumplimientos en sus obligaciones legales y contractuales, con un fin de disuasión y de evitar la repetición de similares conductas dañosas.

La aplicación y la graduación de la misma por parte del juez está dada por la gravedad del hecho, que deberá ser apreciada en cada caso concreto, estableciéndose como tope tarifario la multa del art. 47 inc. b).

Si bien la norma alude a cualquier incumplimiento legal o contractual se ha entendido que esta sanción solo procede en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito, o en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (Stiglitz, Ruben S. y Pizarro, Ramón D., “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LL 2009-949).

En esta categoría, a mi criterio, se sitúa el supuesto en estudio. En efecto, los resultados del peritaje técnico ponen en evidencia la grave indiferencia o despreocupación en la debida, completa y detallada información que se le debe brindar al operador del producto (usuario) para la utilización de un elemento altamente riesgoso.

La negativa que asumió la demandada al omitir advertir al consumidor sobre la necesidad de que sea cuidadoso al momento de quitar la etiqueta para no dañar la mecha que esta abajo o detrás de ella y las posibilidades de encendido prematuro (ver peritaje a fs. 594, fs. 595) demostró la falta de interés y preocupación de su obligación en el deber de información, conducta que evidencia una culpa grave que debe sancionada en los términos del art. 52 bis de la ley de Defensa del Consumidor.

En consecuencia y de conformidad con la norma mencionada, considerando que a la demandada le resulta más económica la actitud asumida que el

cumplimiento de su obligación, es que propongo al acuerdo hacer lugar a la multa civil, la que se fija en \$200.000.

#### VII.- Intereses.

En este aspecto, corresponde aplicar la doctrina del acuerdo plenario de fecha 20 de abril de 2009 en autos: "Samudio de Martinez, Ladislaa contra Transportes Doscientos setenta S.A. sobre danos y perjuicios", por la que se dejó sin efecto la fijada en los plenarios "Vázquez, Claudia Angélica contra Bilbao, Walter y otros sobre danos y perjuicios" del 2 de agosto de 1993 y "Alaniz, Ramona Evelia y otro contra Transportes 123 SACI, interno 200 sobre danos y perjuicios" del 23 de marzo de 2004 que estableció, como la tasa de interés moratorio, la tasa activa cartera general (prestamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con computo desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el periodo transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido".

En virtud de ello, no dándose la excepción prevista por la doctrina referida, deberá aplicarse la tasa activa cartera general (prestamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con computo desde el inicio de la mora -desde el hecho- hasta el cumplimiento de la sentencia.

#### VIII.- Las costas.

Tratándose de un juicio de danos y perjuicios, las costas por su naturaleza resarcitoria integran la indemnización, por lo que deben ser impuestas al ofensor en su totalidad, aun cuando la demanda no prospere íntegramente, pues de lo contrario la reparación no sería plena (Esta Sala 2000-4-28 en autos Lekini, Monica O c. Tsitso, Ricardo y otros, La Ley 2000-E-585; CNCiv, Sala E, 2000-3-14, Franco de Palomo Sara c. Balentini Carlos A y otro, La Ley 2000-F-313, CNCiv Sala F, 1999-10-11 V.J c. Editorial Perfil RcyS, 2000-884; CNCiv, Sala A. 1998-11/19, Roghera SA c. Bustos Claudio L, La Ley 2000-A-623, J Agrup. caso 14-813 y JA 1999-III-191).

En consecuencia, las costas del proceso se imponen a la demandada en su condición de vencida (art. 68 del Código Procesal).

Por las consideraciones expuestas, en caso de resultar compartido este voto por mis colegas de Sala, propongo al acuerdo revocar la sentencia y hacer lugar a la demanda promovida por O. R. P.. En consecuencia: Se condena a Cienfuegos S.A. abonar al actor la suma de \$1.139.000, con más los intereses que se calcularan en la forma establecida en el apartado VI; dentro del plazo de diez días de encontrarse notificada de la presente; 2) La condena se hace

extensiva a la aseguradora, declarándose la inoponibilidad de la franquicia a la víctima; 3) Se fija una multa civil en la suma de \$200.000; 4) Las costas de ambas instancias se imponen a las demandada que resultan vencidas (art. 68 del Código Procesal).

El Dr. Ameal por las razones y consideraciones aducidas por la Dra. Hernández vota en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

/nos Aires, 4 de mayo de 2017.

Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcripto precedentemente, por unanimidad de votos el Tribunal decide revocar la sentencia y hacer lugar a la demanda promovida por O. R. P.. En consecuencia:

Se condena a Cienfuegos S.A. abonar al actor la suma de \$1.139.000, con más los intereses que se calcularan en la forma establecida en el apartado VI; dentro del plazo de diez días de encontrarse notificada de la presente; 2) La condena se hace extensiva a la aseguradora, declarándose la inoponibilidad de la franquicia a la víctima; 3) Se fija una multa civil en la suma de \$200.000; 4) Las costas de ambas instancias se imponen a las demandada que resultan vencidas (art. 68 del Código Procesal).

Se difiere la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos liquidación definitiva.

Se deja constancia que la difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido.

Notifíquese y regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1° de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN.

**LIDIA B. HERNANDEZ- OSCAR J. AMEAL**