

**L° SENTENCIAS DEFINITIVAS..... N°21.**

**"NAVARRO Jorge David c/ BANCO GALICIA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. 15288).-**

**Registrado bajo el N°.....90..... Sala II.**

En Quilmes a los 18 días del mes de junio del año 2015, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Segunda de la Excelentísima Cámara de Apelación, integrada por los Doctores Horacio Carlos Manzi, Julio Ernesto Cassanello y Eleazar Abel Reidel con la presencia del Señor Secretario, Doctor Gustavo José Fuchs, se trajeron a despacho, para dictar sentencia, los autos **"NAVARRO Jorge David c/ BANCO GALICIA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. 15288).-**

Y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 263 y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, se practicó el sorteo de ley que dio el siguiente orden de votación: Doctores Eleazar Abel Reidel, Horacio Carlos Manzi y Julio Ernesto Cassanello .-

**LA EXCELENTISIMA CAMARA RESOLVIO PLANTEAR LAS SIGUIENTES CUESTIONES:**

**1a) ¿SE AJUSTA A DERECHO LA SENTENCIA APELADA?**

**2a) ¿QUE PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR?**

**VOTACION:**

**A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR REIDEL DIJO:**

1. Han sido enviados los autos a este Tribunal, para analizar y resolver los recursos de apelación interpuestos por la partes (fs. 712, 714, 719, 724 y 729, respecto de la sentencia dictada el 17 de mayo de 2013 (fs.699/711), por el Señor Juez de Primera Instancia que, rechazando las excepciones de falta de legitimación opuestas por “AGF Allianz Argentina Cia. De Seguros Generales S.A.” (hoy “Allianz Argentina Compañía de Seguros S.A.”) y “Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.”, hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios, incoada a raíz de las heridas sufridas por el actor en un enfrentamiento armado del que resultó víctima, condenando a “Carrefour Argentina S.A.” (hoy “Inc. S.A.”) y al “Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.”, en forma solidaria, a pagar al actor la suma de PESOS DOSCIENTOS OSENTA Y UN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA (\$ 281.150,-), con más intereses y costas. Asimismo hizo extensiva la condena contra las citadas en garantía “Zurich Argentina Cia. De Seguros S.A.” y “AGF Allianz Argentina Cia. De Seguros Generales S.A.” (hoy “Allianz Argentina Compañía de Seguros S.A.”), en los límites y con las modalidades estatuidas en las pólizas. Finalmente rechazó la demanda interpuesta contra el Fisco de la Provincia de Buenos Aires, con costas al actor.-

2. La actora, en su presentación obrante a fs. 744/746, contestada a fs.787/791 vta., cuestiona por insuficientes los importes indemnizatorios establecidos por "Incapacidad sobreviniente" y "Daño moral", solicitando su elevación.-

3. “Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.” en su escrito de fs. 748/753 vta., contestado a fs. 782/784 vta., y 787/791 vta., se agravia de la responsabilidad que se le atribuyó y también de que no se hubiera

condenado al Estado Provincial y, finalmente,

de los montos establecidos por “Incapacidad sobreviniente” y “Daño moral”.-

4. “INC S.A.”, por su parte, en su escrito de fs.759/762, replicado a fs.806/809, también se agravió de la responsabilidad que se le indilgó y de los importes indemnizatorios fijados.-

5. “Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A.”, en su presentación de fs. 770/774 vta., contestados a fs. 797/800 vta., se agravia de la responsabilidad que se le atribuyó, de los montos indemnizatorios establecidos y por el modo de aplicar la tasa de interés.-

6. Abordaré los agravios, comenzando por los atinentes a la responsabilidad que les fue atribuida por el sentenciante de grado a los demandados y sus respectivas aseguradoras.-

En tal sentido adelanto desde este inicio que comparto plenamente el criterio del Señor Juez de la anterior instancia.-

En efecto, claramente dispone el art.42 de la Constitución Nacional que *“los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos”*.-

“La incorporación de este vocablo (“seguridad”) en el art.42 de la Constitución, es una decisión valorativa que obliga a la sociedad toda a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos y pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos” (CSJN F.1116 XXXIX, del voto del Dr. Lorenzetti; en igual sentido SCJBA Ac.97596, voto del Dr. Hitters).-

“...el prestador debe cumplir sus obligaciones de buena fe, lo

que, en el caso, exige un comportamiento que proteja las expectativas razonables que se crean en la otra parte. Un contratante racional y razonable juzgaría adecuado invertir dinero, prestar un servicio, obtener ganancias, así como adoptar los cuidados para que los usuarios puedan gozar del mismo en paz y seguridad. La persecución racional de la utilidad no es incompatible con la protección de la persona, sino por el contrario, es lo que permite calificar a un comportamiento como lo suficientemente razonable para integrar una sociedad basada en el respeto de sus integrantes” (CSJN F.1116 XXXIX, del voto del Dr. Lorenzetti).-

Por otra parte, la Ley de Defensa del Consumidor establece que *“las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”* (art. 5 ley 24240).-

El deber de seguridad consagrado en el art. 42 de la Constitución Nacional, que corresponde a la relación de consumo, comprende las obligaciones contractuales y extracontractuales por lo cual resulta indiferente discernir la naturaleza del vínculo que vincula al consumidor o usuario con el prestador del servicio.-

En el caso, la víctima de autos ha sido un consumidor que habiendo transitado dentro del edificio propiamente dicho del supermercado y estando en la Sucursal bancaria existente en las instalaciones de aquél, fue primeramente tomado como escudo por un delincuente quién, conjuntamente con otros, al momento de perpetrar un robo en dicha sucursal, lo apartó y se tiroteó con un integrante de la Policía Federal, que casualmente estaba dentro de las instalaciones del

supermercado.-

Pues bien, no obstante estar en el piso, y fuera del específico espacio de la entidad bancaria, el actor recibió dos disparos de armas de fuego, cuya procedencia no pudo ser establecida, que le causaron heridas cuya indemnización pretende en estos autos.-

En el caso, el vínculo locativo que vincula al supermercado y a la entidad bancaria, no exime a ninguno de ellos del deber de seguridad legalmente establecido. Es que la sola existencia de una entidad bancaria, dentro del supermercado, obliga a ambos prestadores a tener guardias suficientes para disuadir a cualquier delincuente de los muchos que acechan el conurbano bonaerense, para evitar, justamente, que algunos de ellos puedan penetrar primeramente en el supermercado y, dentro de él, dirigirse a la entidad bancaria para perpetrar un robo y/o cualquier otro hecho ilícito.-

La mera existencia de un guardia de seguridad, dentro de la garita ubicada en el interior de la entidad bancaria, aunque ello pueda cumplimentar los requerimientos del Banco Central de la República Argentina (y no se ha probado que así fuera), resulta harto insuficiente para disuadir a las bandas de delincuentes que a diario cometen robos en todos los ámbitos.-

Obsérvese que el tiroteo se produjo entre los delincuentes y un integrante de la Policía Federal que, vestido de civil, estaba casualmente dentro del supermercado, y que también resultó herido, sin que intervinieran guardias especiales del supermercado y/o de la entidad bancaria y cuya existencia en grado suficiente (independientemente del guardia en la garita) no ha sido acreditada.

De lo expresado concluyo que los demandados no adoptaron las

medidas de seguridad necesarias para evitar, y llegado el caso repeler, los violentos hechos sucedidos que aparejaron el lamentable saldo de dos personas gravemente lesionadas en el intercambio de disparos, infringiendo el deber correspondiente, propio de las relaciones de consumo que diaria y masivamente se generan en esos ámbitos. Motivo por el cual la sentencia condenatoria debe confirmarse (arts. 42 de la Constitución Nacional, 38 de la Constitución Provincial, 5 de la ley 24240, 375, 384 y concordantes del CPC).-

Asimismo carece de importancia que las lesiones su hubieran producido cuando el actor ya estaba fuera del perímetro de la institución bancaria, por cuanto el hecho tuvo comienzo dentro de la misma y justamente a causa del robo perpetrado en ella.-

Cabe señalar, finalmente, que las instituciones bancarias deben tomar, justamente, mayores recaudos en cuanto a la seguridad dado que el manejo cotidiano de cuantiosas sumas dinerarias así lo requiere, motivo por el cual el robo a mano armada no puede considerarse un caso fortuito o de fuerza mayor que exima su responsabilidad (arts. 513 y 514 del C. Civil).-

7. También coincido con el Señor Juez a quo en cuanto a que no resultaron acreditados los hechos imputados por el actor a la Policía de la Provincia de Buenos Aires. Obsérvese que, en tal sentido, el accionante consintió el rechazo de la acción.-

La queja planteada por el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., pretendiendo hacer pie en circunstancias que no fueron invocadas oportunamente no puede tener andamio.-

Peor aún, esta codemandada al contestar la demanda **negó expresamente que “...el evento haya acaecido como consecuencia de**

*la pasividad del personal de vigilancia*”, e inclusive afirmó que “...*el comportamiento del servicio de custodia, a cargo exclusivamente de Gómez de Olivera, estuvo a la altura y a tono de la gravedad de los acontecimientos*” (ver fs.66 vta./67), motivo por el cual, no puede ahora, en los agravios, ponerse en contradicción con sus propios dichos.-

Y teniendo en cuenta que las facultades de los Tribunales de Apelación sufren una doble limitación, la que resulta de la relación procesal -que aparece en la demanda y contestación- y la que el apelante haya querido imponerle en el recurso (SCJBA Ac.33462 y Ac.64408, entre otros), no deben expedirse respecto de capítulos no invocados ni propuestos a su consideración (SCJBA Ac.33887), porque de hacerlo producirían el menoscabo de los límites de su propia competencia, conculcando también los derechos de propiedad y de defensa en juicio (Arts.17 y 18 de la Constitución Nacional; SCJBA Ac.43080).-

8. Analizaré ahora los diferentes ítems indemnizatorios:

8.1. Incapacidad sobreviniente:

Bajo el vocablo incapacidad debe computarse a los efectos de una reparación plena: a) la lesión en sí misma como ofensa a la integridad corporal del individuo (incapacidad estrictamente física); b) el detrimento que ello produce en su aptitud de trabajo (incapacidad laboral); c) el menoscabo que además, apareja en su vida de relación toda, al amenguar y dificultar sus interrelaciones con los otros en el plano social, cultural, deportivo, lúdico, sexual, etc., al lado de similares inconvenientes e impedimentos en sus relaciones con las cosas (para lo que puede utilizarse la denominación de incapacidad o disminución de la capacidad integral del sujeto); d) el daño o incapacidad estética y e) el

daño o incapacidad psicológica, cuando estos dos últimos perjuicios no son tarifados en forma autónoma y diferenciada de aquella triada de minusvalías que, al presente y por lo general, se consideran integrativas de la incapacidad sobreviniente a indemnizar (SCBA Ac.90471).-

El sentenciante de grado, sobre la base de la pericia realizada por la Asesoría Pericial, que determinó una incapacidad de 30,23%, y de la que no encontró mérito para apartarse, estableció una indemnización de \$ 180.000,-

Consecuentemente y dado que los recurrentes no han cuestionado idóneamente tal consideración y teniendo en cuenta que los porcentajes de incapacidad que determinan los expertos, si bien resultan de suma importancia, constituyen sólo uno de los parámetros a considerar en la formación del pertinente juicio de valor sobre el daño que sufrió la víctima y sobre la medida de tal daño, debiendo ponderarse en conjunción con otros factores, como, por ejemplo, edad y sexo del afectado, trabajo que desarrollaba, contexto económico y social en el que ejercía su habilidad, etc., etc.; a fin de poder así esclarecer de qué manera dichos porcentajes son gravitantes en la situación específica del mismo, sin que ello implique apartamiento de la conclusión pericial, sino, simplemente, tomarla como punto de partida, para en su integración con los otros factores ya mencionados, merituar en que real medida la incapacidad trasciende, efectivamente, en la existencia productiva y total de aquel.

También señalo que los jueces, sin perjuicio de hallarnos facultados para apartarnos de un dictamen pericial, el apartamiento debe ser razonable y suficientemente fundado; pues de no ser así, conforme pacífica doctrina de la Corte Provincial se incurriría en arbitrariedad

configurativa de absurdo (SCBA, L.47478, S 17-12-91; L.53.648, S 3-5-94; L.57.273, S 12-3-96; C.98.060, S 5-11-2008, entre otras).-

Igualmente recuerdo que este Tribunal reiteradamente ha señalado que la determinación monetaria de los daños a la persona entraña un problema de extrema y especial dificultad, que justifica la gran cantidad de estudios publicados sobre el tema, tanto en el derecho nacional, como extranjero, especialmente alarmados por la anarquía que rige en esta materia.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 21 de septiembre de 2004, en la causa incoada por Isacio Aquino y en concordancia con diversos precedentes, ha establecido la Doctrina Legal y las pautas pertinentes a la valoración de los daños que el caso en análisis debe ser juzgado de conformidad con la misma, porque tiene efectos vinculantes para los Tribunales inferiores (SCBA Ac. 91478-S-5-5-2004).-

En consecuencia, teniendo especialmente en cuenta que se trata de un hombre joven, que al momento del hecho tenía 40 años de edad y padece una de incapacidad parcial y permanente en un porcentaje que el perito estimó en el 30,23%, con material de osteosíntesis en brazo derecho tercios medio e inferior, entiendo que debe modificarse la indemnización determinada en la anterior instancia, pero dada la limitación que la propia actora estipuló en sus agravios (ver fs.744/746), propongo fijarla en PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000,-) (arts.1083 y 1086 del C. Civil y 165, 375, 384, 474 y conc. del CPC).-

8.2. "Daño Moral": Este concepto tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor esencial en la vida del hombre y que son la paz, la

tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos (SCJBA Ac.40790). Su resarcimiento depende -en principio- del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesario otra precisión (SCJBA Ac.48490), sin perjuicio de ponderar la personalidad de la víctima y su receptividad particular en función de sexo, edad, profesión, merituando las distintas circunstancias atinentes al hecho dañoso en sí mismo (sufrimientos físicos y psíquicos al momento de ocurrir el accidente, temor ante el peligro corrido, pérdida de conocimiento, etc., etc. ); al periodo de curación y convalecencia (dolores, incomodidades, postración, incertidumbre de restablecimiento, etc.); y a las secuelas espirituales que la lesión apareje a la víctima, etc. (Cf. PIZARRO Ramón Daniel "Daño Moral" edit. Hammurabi, 1996, p.340 y ss.; ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde "Resarcimiento de Daños" tº 2a, p.369; Esta Sala RSD 08/02).-

Por ello, dado que el actor padeció lesiones graves, que le aparejan un importante porcentaje de incapacidad, entendiendo el natural padecimiento que le trajo aparejado en lo personal, las intervenciones quirúrgicas, el lapso de convalecencia, la frustración de su proyecto de vida, considerando la edad de la reclamante al momento del hecho, considerando la limitación cuantitativa que el propio accionante estableció en sus agravios, estimo justo elevar el importe determinado en la instancia de origen a la suma de PESOS CIENTO VEINTE MIL (\$ 120.000,-) (Art.1078 C. Civil y 165 CPC).-

8.3. Finalmente también entiendo que los agravios formulados sobre la tasa de interés establecida en el atacado decisorio no pueden prosperar, ya que conforme doctrina legal de la Corte Provincial - a la

que adhiero - "...a partir del día 1º del mes de abril del año 1991, los intereses moratorios serán liquidados exclusivamente sobre el capital (art.623 Cód. Civil), con arreglo a la tasa de interés que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días vigente al inicio de cada uno de los períodos comprometidos ; y por aquellos días que no alcancen a cubrir el señalado lapso, el cálculo será diario con igual tasa - arts.7 y 10 ley 23.928 modif. por ley 25.561, 622 Cód.Civ.(Conf., causas Ac.57.803 "Banco de la Provincia de Buenos Aires", Sent.del 17-II-98; Ac.72.204, Quinteros Palacio", sent.del 15-III-2000; Ac.68.681, "Mena de Benitez", Sent.del 5-IV-20000; K 76.276, "Vilchez", Sent.2-X-2002; L.77.248 "Talavera", Sent.20 VIII-2003; L 79.649, "Sandez, Sent.del 24-IV-2004; L 88.156 "Chamorro", Sent.del 8-IX-2004; L 79.789, "Olivera", sent.del 10-VIII-2005, entre otros)

Por todo ello, **VOTO POR LA NEGATIVA.-**

A esta cuestión los Señores Jueces Doctores Horacio Carlos Manzi y Julio Ernesto Cassanello, por los mismos fundamentos, **VOTAN EN IGUAL SENTIDO.**

**A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR REIDEL DIJO:**

Dado como ha sido resuelta la cuestión que antecede, corresponde confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide, modificando el capital de condena, que debe establecerse en la suma de PESOS TRESCIENTOS VEINTIUN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA (\$ 321.250.-). Las costas de Alzada deben imponerse a los demandados recurrentes que resultan sustancialmente vencidos, excepto los causadas por la intervención del Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires que, respecto de la actora, en un cincuenta

por ciento (50%) deben imponerse en el orden causado, y a cargo del Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. la porción correspondiente a su cuestionamiento respecto de la responsabilidad que imputó al Fisco provincial o sea el cincuenta por ciento(50%) restante (art. 68 CPC).-

**ASI VOTO.**

A la segunda cuestión planteada los Señores Jueces Doctores Horacio Carlos Manzi y Julio Ernesto Cassanello, por las mismas razones, **adhieren al voto precedente.**-

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente **SENTENCIA:** Se confirma la sentencia apelada en lo principal que decide, modificando el capital de condena, que se establece en la suma de PESOS TRESCIENTOS VEINTIUN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA (\$ 321.250.-). Las costas de Alzada se imponen a los demandados recurrentes, excepto los causadas por la intervención del Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires que, respecto de la actora, en un cincuenta por ciento (50%) se imponen en el orden causado, y a cargo del Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. la porción correspondiente a su cuestionamiento respecto de la responsabilidad que imputó al Fisco provincial o sea el cincuenta por ciento (50%) restante.-

**REGISTRESE. NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.**-