

Expte. N°: JU-722-2009 MONTIEL GABRIELA ALEJANDRA C/ DIA ARGENTINA S.A S/ DAÑOS Y PERJ.POR DEL.Y CUASID.SIN USO AUTOM.

N° Orden: 86

Libro de Sentencia N°: 53

/NIN, a los 24 días del mes de Mayo del año dos mil doce, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín Doctores JUAN JOSE GUARDIOLA Y RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, al haber cesado en sus funciones el DR. PATRICIO GUSTAVO ROSAS por retiro jubilatorio, en causa N° JU-722-2009 caratulada: "MONTIEL GABRIELA ALEJANDRA C/ DIA ARGENTINA S.A S/ DAÑOS Y PERJ.POR DEL.Y CUASID.SIN USO AUTOM.", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Guardiola y Castro Durán.-

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

1a.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

2a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Doctor Guardiola dijo:

I.- En la sentencia dictada a fs. 227/233vta. se rechazó la demanda que por daños y perjuicios entabló Gabriela Alejandra Montiel contra Dia Argentina SA (Distribuidora Internacional de Alimentación) a raíz de la invocada sustracción el día 20/12/2008 de un ciclomotor en la playa de estacionamiento anexa al supermercado ubicado en la calle Benito de Miguel de esta ciudad.

Para así resolver la Dra. Panizza, luego de desestimar la excepción de falta de legitimación activa opuesta y de formular algunas disquisiciones sobre el régimen de responsabilidad que rigen estos supuestos, entendió que ante la categórica negativa del hecho por la demandada y su aseguradora en cuanto al hurto del ciclomotor durante

en el estacionamiento en la playa anexa al supermercado y en razón de la orfandad probatoria sobre tal extremo se impone el rechazo de la acción instaurada.

En tal sentido analiza las constancias de IPP acollarada por cuerda, señalando que de sus constancias no resulta acreditado el hurto en las condiciones de la denuncia, no gozando de valor probatorio la declaración unilateral de la actora . Valora también en forma negativa la testimonial rendida, ya que de los tres declarantes dos (Romero y Martínez fs. 183/185) solo aportan una versión indirecta o referencial del hecho y el restante (Fernández fs. 201) ubicada supuestamente en el lugar y momento del hecho incurre en contradicción con lo resultante de las propias actuaciones penales. Agrega que la actora tampoco ha allegado ningún ticket de compra o justifica que en la ocasión haya realizado por su propia tarea algún mandado para alguien del supermercado.

Apeló la actora (fs. 241), expresando sus agravios a fs. 252/259vta. Luego de explayarse sobre la obligación de seguridad y de citar doctrina y jurisprudencia sobre sus perfiles en el caso de custodia de vehículos en playas de estacionamiento de centros comerciales y supermercados, cuestiona el criterio con que la A-quo examinó las probanzas, tratando de poner de resalto la eficacia de la denuncia policial y de los testimonios recibidos incluso del Sr. Fernández, cuyas achacadas contradicciones niega. Destaca la ausencia de custodia en la playa y la contratación de seguro por la empresa demandada y conforme ha dicho la jurisprudencia resta cualquier relevancia a la ausencia de ticket de compra.

Contestaron los apoderados de la aseguradora Zurich Argentina Compañía de Seguros SA Dres. Melian y López Spadaro a fs. 265/269 solicitando en primer lugar se declare la deserción del recurso por insuficiencia de fundamentación en cuanto a una crítica concreta y razonada del fallo. A todo evento consideran que la demanda carece de sustento fáctico y jurídico, al no haber acreditado la actora el hurto de la

motocicleta durante su estacionamiento en la playa del supermercado DIA. Niegan que exista contrato de garage o depósito ni obligación de custodia. Destacan el carácter gratuito y abierto, sin límite de tiempo y control de esa playa.

Por su parte la apoderada del Supermercado Dra. Repetti a fs. 270/271 replica que la memoria de la actora contiene citas doctrinarias y jurisprudenciales que no revierten la apreciación que de la prueba hizo la jueza, no haciéndose cargo en forma concreta de la insuficiencia de las especies para comprobar el presupuesto fáctico de la responsabilidad endilgada.

Firme el llamado de autos para sentencia de fs. 272, las actuaciones están en condiciones de ser resueltas (art. 263 del CPCC)

II.- En esa tarea, liminarmente cabe señalar que no encuentro configurado el déficit en la fundamentación del recurso en grado tal que viabilice decretar su deserción. Aunque dispersos entre abundantes citas, no todas relacionadas con los fundamentos básicamente probatorios del rechazo que viene resuelto de la demanda, encontramos argumentos atinentes a su crítica que satisfacen mínimamente los recaudos formales de su admisibilidad (art. 260 del CPCC)

Dicho esto, recordemos con Graciela B. Ritto en su comentario "La responsabilidad del hipermercado por la sustracción de un automóvil de su playa de estacionamiento en el marco de la relación de consumo" al fallo de la Cámara 8a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba del 28 /07/ 2011 en autos Godoy, Marcelo Oscar c. Libertad Sociedad Anónima s/ ordinario - daños y perj. recurso de apelación, publicado en LLC 2012 (abril), 259: *"Prevot ("Responsabilidad de los supermercados por el robo o hurto de vehículos sitos en sus playas de estacionamiento, RCyS, 2011-VI, 279) considera que un tema que ha sabido concitar la atención de nuestra doctrina judicial y autoral es el que concierne a la sustracción de vehículos en las playas de estacionamiento que los Supermercados ofrecen - por lo general gratuitamente- a sus clientes y que para justificar el deber de*

responder de los titulares de estos altos centros comerciales se suele recurrir a distintos argumentos jurídicos que podemos resumir en los siguientes: a) contrato de depósito civil, b) contrato atípico, c) deber de protección, d) obligación accesoria de seguridad y, e) relación de consumo reglada por el art. 42 de la Const. Nacional. Sin embargo, para el prestigioso doctrinario, el debate parecería haber sido clausurado con el fallo "Mosca" de la C.S.J.N. Dijo allí el cimero tribunal que: "El derecho a la seguridad previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional, referido a la relación de consumo, abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados —en el caso, formulada por los organizadores de un partido de fútbol—, por lo que 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" (C.S.J.N., 06/03/2.007, Mosca, Hugo c. Provincia de Buenos Aires, LA LEY, 2007-B, 261). Además, el nuevo art. 1º de la Ley 24.240 establece ahora que también es considerado consumidor el usuario de servicios en forma gratuita, por lo que carecería de asidero toda discusión al respecto."

Esta breve cita viene a simplificar una larga evolución jurisprudencial y doctrinaria, que con diferentes fundamentos vino a establecer la obligación y responsabilidad consiguiente de los supermercados, centros comerciales etc por la custodia de los vehículos estacionados en sus playas, haciendo innecesario a esta altura que me detenga a rebatir viejos argumentos enarbolados en aras de su exoneración, que los apoderados de la aseguradora aquí reiteran, ya suficientemente refutados.

Estoy refiriéndome a la gratuidad del mismo: Mucho tiempo ha transcurrido desde que el Dr. Padilla en autos Vigilante, Juan B. J c. Supermercado Gigante S.A., ED, 34-242, La Ley, 141-656, 25.390-S sostuviera que el supermercado al ofrecer la posibilidad de estacionar "gratuitamente" los vehículos de los potenciales clientes estimula el consumo. Que el facilitar un lugar para el estacionamiento de vehículos

constituiría una prestación accesoria derivada de la actividad comercial principal que consiste en la compraventa de mercaderías. Que la mentada gratuidad no es excusa para incumplir la obligación de custodia, porque los gastos de manutención son trasladados a los precios.

O desde que Mauricio Boretto en su trabajo "Responsabilidad empresarial: shopping centers y supermercados. Estacionamiento gratuito. Cláusulas exonerativas de la responsabilidad: ineficacia" publicado en: LLGran Cuyo 2001, 385 recordara que los mismos no prestan "esa facilidad a su potencial clientela en forma absolutamente desinteresada, sino que es un modo para atraerla ofreciéndole un lugar cómodo y seguro para dejar su vehículo, lo cual implica que asume un deber de guarda y de custodia de los automóviles depositados, más allá de que concreten o no compras de mercaderías... El servicio de estacionamiento gratuito que los "shopping centers" ofrecen en las playas aledañas a sus instalaciones, es una prestación accesoria, complementaria de su actividad principal de comercialización de mercaderías y otros productos, que se integra con la aceptación de quienes se avienen a aprovechar la infraestructura y la presunta seguridad suministrada para el resguardo de los vehículos; de tal manera que nace un vínculo contractual (art. 1137, Cód. Civil), en el que cobra decisiva importancia la obligación de guarda, custodia y restitución de los rodados depositados que tiene la empresa titular del emprendimiento comercial... En tales condiciones, resulta irrelevante la falta de control en la entrada y la salida de vehículos, la inexistencia de barreras y de otros recaudos, tales por caso, tomar nota del número de la patente, entregar ticket comprobantes del horario de ingreso y egreso, pues predica la ausencia de un adecuado control y una notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones que le competen, resultando operativa la regla que dispone que nadie puede alegar su propia torpeza (art. 929 Cód. Civil)... El hecho de que, para prever el robo de los vehículos depositados en la playa de estacionamiento, el supermercado demandado haya contratado un seguro, implica de su parte un inequívoco

reconocimiento del deber de prestar custodia, con la consiguiente responsabilidad en caso de daños o sustracciones de los rodados de los usuarios".

Que en esas prestaciones secundarias de conducta, específicamente de guarda no tiene relevancia la gratuidad del estacionamiento o incluso la realización de compra (Moeremans, Daniel "Responsabilidad de los supermercados por daños producidos a sus clientes derivados de hurto o robo o daños de los vehículos estacionados en las playas de estacionamiento" LLBA 2001-165, 2001).

Y "que la situación (y sobre todo sus consecuencias) encuentra hoy día una solución más sencilla y tutelante para el consumidor, en el texto del art. 1 del dec. 1798/94, reglamentario de la ley 24.240 (Adla, LIV-D, 4525; LIII-D, 4125), el cual, al reglar el artículo 1 de la ley de Defensa del Consumidor establece expresamente en su inciso a) que "Serán considerados asimismo consumidores o usuarios quienes, en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito (p. ej. muestras gratis)". Sobre la base del texto legal transcrito, y si analizamos objetivamente el hecho de estacionar un automóvil en la playa de estacionamiento de un hipermercado, podemos concluir que ello no es más que la prestación de un servicio a título gratuito, en función de una eventual contratación a título oneroso. ...En consecuencia, quien se encuentra en dicha situación, conforme la norma antes invocada, recibe todos los beneficios de la ley 24.240. En particular, y el que aquí nos interesa resaltar, el establecido por el art. 40 de la ley de Defensa del Consumidor, que expresamente establece que "si el daño al consumidor resulta (...) de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador (...) y quien haya puesto su marca en ...(el servicio'. Por lo tanto, si el vehículo del cual el consumidor es propietario, es sustraído de la playa de estacionamiento que ofrece el Hipermercado, este resultará responsable, en primer lugar, porque ha incumplido con el deber expreso de seguridad respecto de los intereses económicos del

consumidor que le impone el art. 42 de la Constitución Nacional , y porque la ley 24.240 expresamente le impone tal consecuencia, ante la deficitaria prestación del servicio. Es decir, que si el sujeto pasivo de la ley 24.240, "regala" un servicio (en este caso el de estacionamiento) con la finalidad de incrementar las posibilidades de que el negocio se concrete, lo cual puede suceder o no, será responsable por las consecuencias que se deriven del mismo.....Por consiguiente, según nuestra legislación vigente, las prestaciones "gratuitas" (más allá de coincidir en este punto con Cuiñas Rodríguez y Díaz Palacio, "Hipermercados. Estacionamiento de vehículos en playa y responsabilidad sobreviniente", La Ley, 1998-E, 393 en que en este caso no lo serían, atento mediar interés en su prestación), cuando son brindadas en función de una eventual contratación a título oneroso quedan encuadradas en la ley 24.240, son tratadas como una relación contractual, y generan los mismos deberes y obligaciones que para el supuesto de que hubieran surgido de un vínculo jurídico de carácter oneroso. Por lo tanto, el oferente carga con el riesgo de la prestación brindada, y por consiguiente, de provocar un daño al consumidor por la defectuosa prestación del servicio (en este caso, el de estacionamiento), deberá cargar con las consecuencias dañosas que el art. 40 de la ley 24.240 le impone, por no haber cumplido con su obligación de proteger los intereses económicos (art. 42, Constitución Nacional) de quien según el art. 1 inc. a) del dec. 1798/94, es consumidor" (Alvarez Larrondo, Federico M. "La responsabilidad civil de los shoppings centers hipermercados y centros comerciales, a la luz de la jurisprudencia" DJ 2003-3, 583)

Ni siquiera el servicio de playa puede considerarse en el ámbito provincial en todos los casos espontáneo ya que la ley 12573 de establecimientos comerciales publ. 02/01/2001 en su art. 18 dispone que "Las grandes superficies comerciales deberán proveer por cada caja registradora habilitada por la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.) la cantidad de espacios para el estacionamiento de vehículos particulares, dentro del mismo predio de acuerdo a lo que regule cada

municipio" y la Resolución 53/2002 del Ministerio de la Producción en cuanto al estudio de impacto socioeconómico y ambiental, prevé la evaluación de la capacidad de estacionamiento, y hasta en horario crítico, de los mismos.

No contamos, lamentablemente a mi parecer, con una norma similar a la ley 7492 de la Provincia de Mendoza que establece la obligatoriedad de emitir *ticket* o comprobante de ingreso por parte del administrador de las playas de estacionamiento gratuito, pertenecientes a supermercados o hipercentros de compras y que regule también su extravío. La exigencia de dicho recaudo como factor legitimante allanaría la comprobación del hecho presupuesto de responsabilidad (estacionamiento), aventaría la ocurrencia de ilícitos y serviría para la eximición de responsabilidad. Así, y en conjunción con otros elementos indiciarios, esa falta de implementación fue uno de los elementos tomados en cuenta por Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I en su sentencia del 29/7/2011 en autos "Labarda, Fernando Darío c. Libertad S.A. (Suc. Mendoza) p/ d. y p." para revocar el fallo de la Cámara y hacer lugar a la demanda por la sustracción de un rodado ante una plataforma probatoria diríamos frágil. Tal decisorio motivó el comentario elogioso - que comparto- de María Eugenia García Tosello "Robo de automotor en la playa de estacionamiento de un supermercado. Responsabilidad del establecimiento" en DJ 02/05/2012, 14, en el cual señala " el Máximo Tribunal Provincial ha aseverado con criterio que "...frente a esa conducta la demandada nada hizo, se limitó a negar los hechos y cuestionar la prueba ofrecida por el actor, pero no ofreció ningún elemento de prueba que permitiera afirmar que el hecho no ocurrió en sus instalaciones. Tal actitud no puede ser premiada desde que violenta el principio de protección del consumidor, el principio de buena fe (art. 1198)...". La postura adoptada por la empresa accionada, refleja un claro incumplimiento por parte de esta del deber de seguridad, el que se traduce en la obligación de desplegar una conducta determinada para mantener la

indemnidad de la persona y de los bienes de sus cocontratantes." También cita el fallo de la Cámara Octava cordobesa comentado por Ritto, uno de cuyos párrafos del voto del Dr. Díaz Reyna transcribiré en tanto va adelantando en alguna medida el sentido de mi propuesta.

Dijo allí: *"La teoría de las cargas probatorias dinámicas, flexibilizando el rigor de los principios tradicionales, pone en cabeza de la parte demandada la carga de la prueba de las circunstancias eximentes de responsabilidad, por ser la parte que se encuentra en mejores condiciones de producirla. Entonces, estaba a su cargo de la demandada y la aseguradora acreditar que el día del hecho no se encontraba el vehículo de la accionante en la playa de estacionamiento del Hipermercado, como para eximirse de responsabilidad, careciendo de pruebas que avalen su posición, cabe tener por acreditados los hechos invocados por la parte actora en su demanda. Ella que recibe los vehículos en el estacionamiento de su negocio podía implementar un sistema del control del ingreso y egreso de vehículos, que además de brindar seguridad a los usuarios, lo que es su deber, pueda servir para desvirtuar o respaldar afirmaciones como la del demandante"*

No desconozco que existen posturas mas tradicionales que, como la que traduce la sentencia en revisión, aplican con todo rigor el *onus probandi* a la reclamante. En este sentido y ante un supuesto similar, la Cám. Nacional en lo Comercial Sala E el 2/6/2010 en fallo recaído en autos "Caja de Seguros SA c. Supermercados Mayoristas Makro SA" ante una acción de repetición rechazó la demanda por falta de prueba del siniestro. Comparto sin embargo la tesis que en el comentario "Un fallo que debilita al consumidor" formulan Osmar S. Dominguez y Sabrina Abraham RCyS La Ley Año XIII n°2 febrero 2011: *"La informalidad con la que los supermercados prestan este beneficio, omitiendo cumplir con la obligación legal -impuesta por la ley de defensa del consumidor- de brindar seguridad a sus clientes (probablemente con la finalidad de reducir sus costos operativos) es lo que crea para el usuario la imposibilidad de obtener medios probatorios que le permitan acreditar fehacientemente que su*

vehículo fue sustraído allí y no en otro lugar. Por ello, los sentenciantes ante un caso como el presente deberían tener en cuenta esta violación legal para invertir la carga probatoria - y en consecuencia- considerar disminuir el grado de prueba exigida al usuario, debiendo analizar si de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la certeza moral y el principio constitucional "in dubio pro consumidor" la aportada por éste permite tener por verosímil el relato del ilícito en las condiciones en que fue denunciado. De lo contrario se verían beneficiados estos megamercados, a partir de la prestación defectuosa de un servicio que indudablemente forma parte de su oferta comercial, asegurándose que el potencial comprador se vea impedido de acreditar las condiciones en las que ocurrió el ilícito, disminuyendo sus costos y evitando de esta manera responder por las consecuencias dañosas del mismo"

Piénsese nada más que con la simple y poco costosa instalación de cámaras de filmación (pocas en número además para cubrir el espacio en cuestión) no sólo se implementaría un elemento de gran importancia disuasiva para la perpetración de ilícitos sino de utilidad probatoria para comprobar o desestimar eventuales denuncias.

La colocación de éste u otros mecanismos de control (manuales o electrónicos de ingreso/egreso) desde el punto de vista sustantivo y desde el análisis económico del derecho (la fórmula de Hand: existe culpa en la causación de un hecho dañoso, cuando el causante pudo prevenirlo invirtiendo en precaución menos que el valor esperado de los costos de ese evento dañoso, y no lo hizo; y el "cheapest cost avoider": debe evitar los costos derivados de los daños, la parte que esté en condiciones de hacerlo a menor costo - ver Acciarri, Hugo- Romero, Melisa "La fórmula de Hand y el cheapest cost avoider en el derecho de daños argentino" LLBA 2007 junio, 517-) sería la conducta razonable (512, 902 y 1198 CCivil, sin que

sea óbice la falta de imposición normativa) para la función preventiva del derecho de daños y la tutela de los consumidores.

Desde lo procesal pone en evidencia que no se está cargando a la empresa la prueba de un hecho negativo dificultoso de comprobar; por el contrario ella resultaría mucho más sencilla que para la víctima acreditar la sustracción ante lo anónimo de la concurrencia de consumidores y usuarios a estos establecimientos y la corriente falta de colaboración de su personal en receptar reclamos de esta índole). La distribución eficiente de cargas probatorias y responsabilidades contractuales determina con un sentido lógico, como pauta universal y suficiente a la cual previsiblemente se verán sujetos ante un conflicto judicial, la imposición de acreditar cada presupuesto fáctico a quien está en mejores condiciones de hacerlo. Ello es "consistente con una visión general del Derecho orientada a entenderlo como un instrumento social para la obtención de metas valiosas, mediante una permanente ponderación de sus consecuencias empíricas." (ver el trabajo de Aciarri sobre el tema publicado en La Ley 2001-B, 663).

Yendo a la plataforma probatoria de autos, encontramos que aunque escasa aporta elementos suficientes en aval de lo que vengo sosteniendo (arts. 384 y 375 del CPCC). El *favor probationes* y las *pruebas leviores* - en una materia que por la omisión de la demandada se convirtió en *difficilioris probationes*- que tienen apoyo en las reglas de la sana crítica (ver Jorge W. Peyrano "Peculiaridades en la materia probatoria" en "La prueba libro en memoria del Profesor Santiago Sentis Melendo" p. 99 y ss), me persuaden de que la sustracción como se denunció ha sido acreditada.

Contamos en primer lugar con la denuncia policial efectuada por la afectada a escasos minutos del hecho que dió lugar a la IPP acollarada, en la cual se constituyó personal policial para hacer la inspección ocular

sin indagar sobre la existencia de testigos de lo ocurrido o contactarse con personal del supermercado o clientes que pudieran dar cuenta de la concurrencia de la actora al establecimiento (ver acta de fs. 9/10). También está la carta documento remitida (ver fs. 10/11) que no fuera rechazada negando el suceso del hecho. Por último los testimonios de tres personas, de las cuales dos si bien referenciales son coincidentes en cuanto a que la actora le fue sustraída su motocicleta en el supermercado por la época (fiestas de fin de año) en que ubica el hecho y el de Felipe Fernández de fs. 201, que fuera descartado en cuanto a su atendibilidad por algunas contradicciones con las constancias de la causa penal. En relación a este último que sí sería presencial , indica la sentenciante que la actora según su exposición policial permaneció escasos 5 minutos en el supermercado y que prácticamente no observó gente dentro. Ello no descarta la posibilidad de que el declarante la haya visto al entrar al local y luego gritar y llorar porque le habían hurtado el rodado. Agrega algunos datos que podrían es cierto hacer dudar de su credibilidad , como que "vió una persona hablando por celular que supuestamente era del Supermercado y al rato vió que llegaba el patrullero y se fue", en tanto la denuncia fue hecha por la propia actora en la sede policial y la inspección ocular (lo que justificaría la presencia de un patrullero) se realizó a las 21.45 hs. cuando el hecho según denuncia de la actora fue a las 20.30 hs aproximadamente. Ello de por sí no sirve para desvirtuarlo completamente ya que bien pudo interpretar un llamado por celular como una comunicación policial y aunque prolongada (de aproximadamente 1 h 15') no es imposible una permanencia de Fernández en el local hasta que vió la llegada policial. Que se trate de un testimonio "único" y aún no del todo preciso o completo, no le resta eficacia confirmatoria (art. 476 del CPCC). Como un elemento indiciario adicional, es de puntualizar que ante la

conurrencia policial ningún responsable del establecimiento se interesó en dejar constancia de la falta de anoticiamiento de un hecho supuestamente acaecido tan recientemente (v.Juan Pedro Colerio " El deber de dictar sentencia ante la falta de convicción por ausencia de pruebas -La conducta de las partes y los indicios como formadores de presunciones en el proceso civil- "en libro citado p. 227 y ss)

III.- Por la adhesión implícita a la apelación de quien al resultar beneficiado no recurrió la sentencia, paso a ocuparme de la excepción de falta de legitimación activa que se opusiera y que viene desestimada.

Tal como expresé hace tiempo ya en Expte 38895 LS 45 n° 163 sent. del 22 /4/2004 "... Adhiero sin reparos a la postura calificable como "amplia" que viabiliza los reclamos - esto es la legitimación- de meros tenedores o usuarios sin otros aditamentos. En tal sentido estimo útil recordar los fundamentos que de tal criterio desarrolla Matilde Zavala de González: *"Estimamos que el art. 1110 del Cod. Civil presume el carácter personal del daño acreditado, pese al defecto de propiedad o posesión, con relación al usuario de la cosa.*

Si a éste se exigiese la prueba cabal del nexo entre el daño al bien y un interés propio, aquella norma sería inútil, atento la regla general que ya surge de los arts. 1079, 1068 y conc. del Cód. Civil, a cuyo mérito toda persona que sufre un perjuicio, sea como damnificado directo o indirecto, tiene derecho a pedir su resarcimiento, con la condición que acredite que ese menoscabo afecta la esfera de su derecho.

No debe suponerse inutilidad en las previsiones legales sino, por el contrario, que ellas están dotadas de un sentido inteligente, valedero y aplicable en la práctica.

Así pues, el art. 1110 adscribe la titularidad de la acción resarcitoria en favor de quien aparece como damnificado aparente y visible:

el que en el momento del hecho era el usuario de la cosa, cualquiera sea el título en que se funde dicha situación fáctica. Dicha atribución de legitimación no es caprichosa o inmotivada. En efecto, cuando se trata del usuario que, en razón de un negocio celebrado sobre la cosa, cuenta con el derecho a que se le transmita su propiedad, el dueño conservaría una titularidad del bien desprovista de significación económica (salvo que se le adeudase el precio o parte de él) y no tendría interés alguno en promover la acción resarcitoria. Se obligaría al verdadero perjudicado a la acreditación de determinados recaudos formales (la transmisión efectuada en su favor por el propietario) a fin de ponerse al frente de una acción que lo tiene por único interesado. Y esa prueba podría inclusive exigir el remontarse a una cadena de anteriores enajenaciones, atento la frecuencia con que no se concretan los trámites de inscripción registral de venta de automotores.

Y cuando se está ante el usuario que debe restituir la cosa al dueño en buen estado, se pondría a aquél en el trance de afrontar eventualmente el perjuicio o bien excepcionarse invocando el hecho lesivo del tercero. Pero todo conflicto con el propietario se elimina a través de la indemnización pagada al usuario y bajo la responsabilidad de éste de no ser el único o el auténtico damnificado. Recuérdese que no sólo produce efectos civiles el acto que causa un daño, sino también aquel "que lo puede causar" (art. 1067 del Cód. Civil) es decir el peligro fundado de ocurrir un perjuicio a quien acciona, como el que puede experimentar el usuario ante la reclamación que luego intente el dueño.

En todos esos casos el desmedro actual de la cosa genera (fuera del daño presente al uso) un perjuicio si se quiere futuro, pero con un grado suficiente de certidumbre cuando el usuario venga a ser dueño, si tiene derecho a ello, a través de la exigibilidad de la obligación transmisora de la

propiedad en contra del dueño (art. 1323 del Cód. Civil) o bien cuando deba restituir la cosa y responder por su deterioro.

En suma en uno y otro caso el usuario esclarece y preserva debidamente su situación jurídica peticionando del tercero la indemnización pertinente.

Además, dentro de la concepción expuesta, el responsable goza de la facultad de desobligarse frente al usuario, sin la carga o la necesidad de controlar especialmente los antecedentes jurídicos en que reposa el uso, y podrá en el futuro repeler toda reclamación emanada de quien pueda ser dueño. Esta, en su caso, deberá dirigirse contra quien percibió la indemnización". Posteriormente, al tratar la prueba de tal calidad señala: "Es inagotable la jurisprudencia que considera que el derecho de uso no requiere más prueba que su propio ejercicio, lo que tratándose de automotores conduce a reconocer acción resarcitoria a la persona que se hubiese encontrado al frente del volante en el momento del hecho.

De manera similar a lo que se dice en materia de posesión ("posee porque posee"), aquí podría expresarse que el usuario no necesita aportar título alguno: "usa porque usa" el automotor." (ver "Resarcimiento de daños" To. 1 Daños a los automotores" p. 295/299). "

En el caso que nos ocupa ni siquiera se trata de un tenedor interesado sino de una poseedora del ciclomotor en base al boleto de compraventa agregado a fs. 6 y reconocido a fs. 167, sin que la falta de transferencia registral repercuta sobre las facultades inherentes al dominio de uso y goce y la consumación de los daños con su privación. Considero entonces que esta defensa ha sido bien rechazada.

IV.- Pasando ya a lo resarcitorio, estimo que el daño emergente reclamado por la pérdida del ciclomotor (una Zanella CC50 modelo del año 1992), ante la falta de una tasación judicial y contando como prueba

informativa con los valores de plaza resultantes de los oficios de fs. 155 de \$ 1200 a septiembre de 2010 y de fs. 170 que da cuenta que a diciembre de 2008 era de \$ 650, y desconociéndose el estado de conservación de la misma, debe prosperar a valores actuales por la suma de \$ 1.100 lo que reputo razonable y equitativo (art. 165 CPCC)

Respecto del daño moral - por el que se reclama la suma de \$ 3.000; "y/o lo que en más o en menos resulte de las probanzas de autos y/o criterio de V.S", fs. 17- , reiteradamente he dicho (ver entre otros mis votos en Exptes. n° 37295 LS 43 n° 535 sent. del 19/12/2002 y n° 38274 LS 44 n° 542 sent. del 16/10/2003) que el indirecto o derivado del menoscabo de bienes patrimoniales, "es resarcible sólo cuando existe una relación espiritual entre la persona y el objeto, distinta y autónoma del interés económico que representa el objeto" (v. Zavala de González "Resarcimiento de daños" To. 4 p.179 y ss) - Y ello es lógico pues de lo contrario se estaría consagrando un enriquecimiento indebido a través de la duplicación indemnizatoria posibilitada por el desdoblamiento o comprensión en distintos rubros de un único perjuicio-.

Y dado que todo daño patrimonial apareja inconvenientes o molestias sin que ello configure siempre un daño moral, señalaba que es necesaria la concreta y efectiva acreditación de que ha repercutido en la subjetividad modificándola trascendiendo a los intereses existenciales del sujeto, como recaudo insoslayable para su admisión. Es decir que a diferencia de otros supuestos en que surge inmediatamente de los propios hechos, infiriéndose naturalmente de las circunstancias del caso que hablan por sí mismas - in re ipsa- (vgr. lesiones a la integridad física o muerte), quien prima facie únicamente aparezca afectado en su interés patrimonial, deberá convencer sobre su existencia. Sin mengua claro está que en razón de la índole espiritual y subjetiva del menoscabo, al no ser

siempre posible su prueba directa, por vía presuncional podrá llegarse a su acreditación(Pizarro, Daño moral p. 563 y ss).

Reproducía también las consideraciones que en la materia formulara con notable claridad Mosset Iturraspe: " En esta cuestión, como en tantas de la vida y del Derecho, pensamos que la verdad está "en el medio", según la sentencia aristotélica. No en todos los casos habrá daño moral; ni tampoco es razonable negarlo siempre e indiscriminadamente. Tampoco es justo limitarlo para supuestos extremos -vehículo de colección o de características especiales-. Es necesario atender a las circunstancias de la víctima, del titular del automotor dañado; a la invocación y prueba del daño en el "goce del bien" o en las afecciones que el mismo despierta. Con criterio de "hombre medio", no de un ejemplo de espiritualidad o estoicismo" ("Responsabilidad por daños" To. V Daño moral p.. 174/175).-

Con tales parámetros, numerosos han sido los casos en que según la jurisprudencia de éste y otros tribunales -tal- como apuntan los demandados- el concepto no prosperó.

Sin embargo, como todo depende de las concretas situaciones fácticas, en otros fue admitido como aconteció vgr en adquisiciones de vehículos 0Km que presentaron fallas (ver de esta Cámara Exptes. N° 42419 LS 50 n° 304 sent del 15/12/2009 y N° 43900 LS 51 n° 144 sent. del 8/6/2010) para referirme sólo a casos de rodados en que se vieron afectados igual que aquí los derechos del consumidor.

En el sublite la privación del modesto medio de locomoción del que disponía la Sra. Montiel, teniendo en cuenta las circunstancias del entorno - una ciudad donde no existe transporte público de colectivo - y las afectación para todos los desplazamientos no sólo laborales sino también personales imprescindibles en la vida cotidiana y que debieron ser afrontados por 'tracción a sangre', aparejan una modificación disvaliosa

del espíritu, afectando el equilibrio anímico, la paz y tranquilidad de la persona, en suma la lesión a un interés extrapatrimonial digno de tutela (doctr. arts. 522 y 1078 CCivil). Prueba de ello, más allá de exageración con que fue exteriorizado, es lo informado por la Perito psicóloga Lic. Bruno a fs. 119 vta. de que la moto era considerada para ella "un hijo más en tanto herramienta indispensable de trabajo", y que su pérdida "ha sido de envergadura afectiva" para la misma. Propongo por ello se admita el daño moral por la suma de \$ 5.000.

No considero en cambio deba receptarse el daño psicológico pretendido. Dijo la psicóloga que la actora no presenta "patología en sentido clínico"; que la necesidad de un tratamiento terapéutico que aconseja "no se debe entender como resultado de un trauma adquirido a raíz del evento, sino como ya se describiera, tiene que ver con su conformación estructural". En este sentido el certificado de fs. 12 si bien constata la atención en el Hospital Interzonal -Servicio Salud Mental en fecha próxima al suceso, nada predica sobre una relación de causalidad adecuada con el mismo (arts. 901, 905 CCivil).

El otro de los rubros reclamados es el lucro cesante por las tareas de mandadera que realizaba la actora.

Bajo este concepto sólo pueden comprenderse los daños acaecidos cuando el vehículo era instrumento de despliegue de una actividad productiva, que no ha podido continuarse desarrollando o se vió afectada con la consiguiente frustración de ganancias (Zavala de González Resarcimiento de daños To. 1 p. 97/103). Y ello -tratándose de supuestos de sustracción o destrucción en los que no es computable el período de reparación para recuperar su disponibilidad- por el tiempo razonablemente posible para la adopción de recaudos que eviten la permanencia de la situación perjudicial (ídem p. 112) Ello como lógica derivación del

principio de buena fe de no acrecentar las consecuencias dañosas por el que otro debe responder.

Analizando la prueba, con la testimonial rendida tengo por acreditada esa actividad. Pero no existe constancia de ingresos, dado que es un dato de la realidad normalmente esas tareas se realizan por cuenta propia o informalmente. Tampoco sabemos de que manera la desempeñaba (horarios, clientela etc) ni el tiempo en que la falta de moto la afectó (Romero dijo que la reemplazó en forma inmediata por una bicicleta). Con tan pobres elementos de valoración, es necesario agudizar la estimación para que la suma a establecer no se convierta en un enriquecimiento indebido por un perjuicio no cierto, sin dejar de sopesar que por imperativo del propio interés era la parte actora quien debió esforzarse en arrimar elementos convictivos para la íntegra compensación del perjuicio, pero tampoco olvidando que todo daño debe ser adecuadamente reparado (doctr. arts. 519 y 1069 CCivil). Con tal norte, entiendo que la suma de \$ 400 resulta justa para el ítem.

A las sumas indemnizatorias fijadas se les debe adicionar desde el día del hecho y hasta el efectivo pago intereses a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Bs. As. en sus operaciones a plazo fijo a 30 días en los distintos períodos de aplicación

Las costas de ambas instancias deben ser soportadas por los demandados, que han resultado vencidos (arts. 68 y 274 del CPCC).

ASI LO VOTO

El Señor Juez Doctor Castro Durán, aduciendo análogas razones dió su voto en igual sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTION el Señor Juez Dr.Guardiola, dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC, corresponde:

I-REVOCAR la sentencia apelada, haciendo lugar a la demanda entablada y condenando a Dia Argentina SA - y su aseguradora Zurich Argentina SA en los términos de la póliza- a pagar a la actora Sra. Gabriela Alejandra Montiel la suma de pesos seis mil quinientos (\$ 6.500) con más intereses a la tasa pasiva desde la fecha del hecho y hasta su efectivo pago. Las costas de ambas instancias a los demandados. Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 23,31 y 51 de la ley 8904).

ASI VOTO.

El Señor Juez Dr. Castro Durán, aduciendo análogas razones dió su voto en igual sentido.

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo que firman los Señores Jueces por ante mí: FDO. DRES. JUAN JOSE GUARDIOLA Y RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, ante mí, DR. GASTON M. VOLTA (Auxiliar Letrado).-

//NIN, 24 de Mayo de 2012.-

AUTOS Y VISTOS:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC, SE RESUELVE:

I-REVOCAR la sentencia apelada, haciendo lugar a la demanda entablada y condenando a Dia Argentina SA - y su aseguradora Zurich Argentina SA en los términos de la póliza- a pagar a la actora Sra. Gabriela Alejandra Montiel la suma de pesos seis mil quinientos (\$ 6.500) con más intereses a la tasa pasiva desde la fecha del hecho y hasta su efectivo pago. Las costas de ambas instancias a los demandados. Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 23,31 y 51 de la ley 8904).

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse al Juzgado de origen.-
FDO. DRES. JUAN JOSE GUARDIOLA Y RICARDO MANUEL CASTRO
DURAN, ante mí, DR. GASTON M. VOLTA (Auxiliar Letrado).-