000250/2009

--- En la ciudad de Trelew, a los días de agosto del año dos mil nueve, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Carlos Alberto Velázquez, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“P., D. E. C. c/ R., H. y otra s/ Daños y Perjuicios” (Expte. 250 - Año 2009 CANE)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 422.----

---

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez expuso:----------

----I.- En lo que aquí interesa, dada la extensión abarcada por los agravios que ciñen la competencia revisora de la alzada, la sentencia de primera instancia condenó al demandado a indemnizar al actor los daños consistentes en los gastos médicos, farmacéuticos y de movilidad que éste se viera en la necesidad de afrontar para la atención de sus lesiones físicas, así como las erogaciones futuras que insumiría la consulta y soporte psicológico del mismo, igualmente el lucro cesante que le generara la imposibilidad de trabajar durante cinco días, la incapacidad sobreviniente y padecimientos morales.- ----------

----II.- Apelado el fallo por la demandada reconviniente, ella alineó contra el mismo los siguientes agravios concretamente dirigidos contra los rubros indemnizatorios que vengo de sintetizar:----------

----A) Si bien los gastos médicos deben ser resarcidos aunque no se hallen demostrados documentalmente, ellos es a condición de que la víctima haya realizado en verdad el tratamiento que le fuera indicado y en la especie no fue demostrado que el actor lo hiciera.- ----------

----B) El actor en su demanda no reclamó el costo de soporte psicológico para lo futuro, con lo que mal pudo el juez “a quo” conceder esa partida, máxime que en autos la necesidad de ese futura terapia no fue demostrada mediante prueba idónea en tanto no se produjo pericia de dicha especialidad, sino únicamente un dictamen médico.- ----------

----C) El lucro cesante no resultó acreditado, pues el actor no demostró el volumen de los ingresos supuestamente dejados de percibir. Sí fue probado que el demandante al momento del hecho se desempeñaba como peón de un taxímetro propiedad de un tercero, mas no el monto de los ingresos frustrados.- ----------

----D) Tampoco fueron aportados al proceso estudios fonoaudiológicos o de profesionales especialistas hábiles para justificar la alegada disminución funcional en el habla por tartamudez tenida en cuenta por el sentenciante de origen para tasar la incapacidad sobreviniente. Añadió que al no someterse la víctima a tratamientos alguno contribuyó a agravar su daño.- ----------

----E) El monto establecido para indemnizar el daño moral es excesivo, toda vez que las secuelas son transitorias, visto que no han sido agotados los tratamientos disponibles.- ----------

----Dichas quejas encontraron réplica del adversario en el escrito de fs. 413/414.- ----------

----III.- Lleva razón el recurrente en la primera de sus críticas. Más allá de que los gastos terapéuticos hayan de ser acreditados o no con los correspondientes recibos, lo que no puede

faltar para tornarlos indemnizables es que en el proceso quede acertado, por la admisión o la prueba, que la víctima recibió el tratamiento en cuestión.- ----------

----En este litigio tenemos que el actor ni siquiera alegó en su demanda haber cumplido kinesioterapia cervical (v. fs. 5/6vta.). Esa ausencia de explicación de los hechos fundantes redunda en la inoperancia, en el caso, de la figura procesal de la admisión. Cierto es que tal figura puede presentarse no sólo bajo la forma expresa, configurada por el reconocimiento de los hechos manifestado por el demandado explícitamente, sino igualmente bajo la forma tácita, derivada de su silencio (confr.: Alsina, "Tratado...", 2da. ed., Ediar 1961, III-246, nº11). Pero ello en relación a "los hechos expuestos en la demanda" (art. 356 inc. 1º C.P.C.C.) y no a los que se dejaron de alegar en ella. Es que firmemente adherido nuestro ordenamiento procesal a la teoría de la sustanciación o del hecho natural y al principio dispositivo, es estricta carga del pretendiente alegar los hechos concretos y particulares que operan como fundamento de su pretensión (art. 330 inc. 4º cód. cit.; confr.: Guasp, "Derecho procesal civil", 3era. ed., Instituto de Estudios Políticos 1968, I-217) y sólo cumplida ella surge, por aplicación ahora del principio de la bilateralidad o contradicción, la correlativa carga del adversario de reconocer o negar esos datos fácticos. Así pues, no invocado el dato fáctico del cumplimiento de la aludida terapia, mal pudo el demandado reconocerlo de modo que él quedara fijado en virtud de la admisión, ni tampoco desconocerlo transformándolo en controvertido, pues no tenía el deber de expedirse acerca de datos que no se invocaban en el escrito liminar en forma concreta, cabal y clara (esta sala, c. 18.892 S.D.C. 48/03).- ----------

----Dicha falta de introducción del dato fáctico de marras al proceso obstó incluso a la producción de pruebas acerca del mismo. Es sabido en este aspecto que existe una identificación normal entre el objeto de la alegación y el de la prueba, ya que son los mismos datos alegados los que deben comprobarse (confr.: Guasp, opus cit., I-328, nº 5), de modo que los hechos no postulados deben ser marginados por los magistrados. En rigor, no pueden siquiera "producirse pruebas sino sobre los hechos que hayan sido articulados por las partes en los escritos respectivos", cual con meridiana claridad establece el art. 364 C.P.C.C., de donde se sigue que aquellos datos fácticos no introducidos al proceso en las piezas con que se trabó la litis deben ser considerados inexistentes por los jueces (confr.: Carnelutti, "La prueba civil", trad. de Alcalá Zamora y Castillo, 2da. ed., Depalma 1982, págs. 7/9, n° 3; Devis Echandía, "Teoría general de la prueba judicial", 5ta. ed., Zavalía 1981, I-188/190, n° 44; Morello y otros,"Códigos Procesales...", 2da. ed., L.E.P. 1988, V-A-9/11 y 23; Kielmanovich, "Teoría de la prueba y medios probatorios", Abeledo-Perrot 1996, pág. 40; esta alzada, c. 17.549 S.D.C. 12/02, c. 17.634 S.D.C. 11/04, c. 19.761 S.D.C. 35/04), a quienes no les es dado alterar los términos en que la relación procesal quedó entablada, toda vez que ello infiriría grave menoscabo al constitucional derecho de defensa en juicio, que la ley adjetiva organiza sobre la base del sistema dispositivo y del principio de bilateralidad o contradicción.----------

----"A fortiori" cabe descartar la realización de dicha terapia en la especie, donde no fueron arrimadas probanzas que la demostrara y ni el propio perito médico pudo asegurar su cumplimiento (fs. 318 vta.).- ----------

----Considero por ello que ese pretendido gasto debe ser desagregado del monto de la condena. Dado que el juzgador de origen lo englobó con los gastos médicos, farmacéuticos y de movilidad (fs. 379, párr. 2°), creo prudente reducir el importe de tal subtotal a la suma de $ 300 (art. 165 últ. párr. C.P.C.C.).----------

----IV.- No es exacto que el actor omitiera reclamar como daño futuro el costo de un tratamiento mental, ya que si bien no lo mencionó como “psicológico” si lo designó como “siquiátrico” (fs. 5 vta., pto. “c”), de modo que el sentenciante debía expedirse sobre el rubro (arts. 34 inc. 4° y 163 inc. 6° cód. cit.).----------

----Mas donde, a mi ver, marró el juzgador de la anterior instancia fue en tener por acreditada la necesidad de esa terapia con el dictamen del perito médico, según el cual el paciente requeriría “consulta y eventual soporte psicológico” (fs. 318 vta. últ. párr. y fs. 319 pto. “d”). Aunque independientes entre sí, dos coincidentes razones apoyan esta conclusión.- ----------

----De una parte, no es hábil a ese concreto fin acreditante el dictamen del Dr. D. incorporado a fs. 315/319 vta.. El art. 477 C.P.C.C. fija reglas para la apreciación de la fuerza probatoria del dictamen pericial, concordantes con la establecida en el art. 386 del mismo ordenamiento, pero contemplando a la vez las características específicas de este medio probatorio. Entre esos cartabones figura el de la *competencia* del dictaminante, esto es su idoneidad para pronunciarse sobre los puntos de peritación fijados, comprendidos en un campo del saber de su incumbencia profesional, dentro del cual se supone al perito dotado de conocimientos en función de su título habilitante. Y aquí tenemos que el dictaminante no es psiquiatra ni psicólogo, sino especialista en medicina legal (fs. 315 párr. 1°) o dedicado a la medicina general (su sello de fs. 319 vta.), lo que descalifica su opinión por ser este precisamente un caso en el que lo investigado es un fenómeno estudiado por la rama médica de la psiquiatría o la ciencia de la psicología. No obsta a esta conclusión la circunstancia que el dictamen no haya sido atacado de nulidad por ausencia de incumbencia del experto designado en su día, pues ello no cancela el deber de los magistrados de apreciar la fuerza convictiva de la pericia en oportunidad de dictar sentencia, momento preciso en que la experticia ha de ser valorada (confr.: Cám. Apel. C. y C. Bahía Blanca, J.A. 1966-I-409), y ese análisis, lo reitero, importa tener en cuenta la competencia del perito (este tribunal, c. 133/09 S.D.L. 50/09).- ----------

----Subrayaré a esta altura que no cae en autocontradicción un juez por reconocerle al informe del experto fuerza persuasiva en un tópico de su incumbencia -en el caso, en cuanto se expidió acerca de cuestiones médicas traumatológicas- y no hacerlo en cambio en relación a otro que no era de su competencia, cual aquí aconteció con el daño psicológico. Recordaré en tal aspecto que ninguna disposición legal consagra la indivisibilidad de la prueba pericial y es en cambio doctrina pacífica la de que el magistrado puede aceptar la opinión pericial en la porción que ella produzca convicción y desestimarla en aquella parte en que carezca de tal fuerza convictiva (confr.: Devis Echandía, ob. ind., II-350, nº 260, “f”, con oportuna cita y transcripción de Lessona).- ----------

----De otro lado, el propio perito médico calificó la necesidad del “soporte psicológico” de “eventual”, esto es contingente, hecho o circunstancia de realización incierta o conjetural (Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española”, 22da. ed., voces *eventual* y

eventualidad). Exactamente lo contrario del daño indemnizable, que tiene por requisito que el mismo parezca como cierto, real y efectivo (confr.: Acuña Anzorena, en Salvat, “Fuentes de las obligaciones”, 6ta. ed., T.E.A. 1958, IV-77, n° 2729, nota 24). Y dicha certidumbre del daño constituye siempre una constatación de un hecho actual que proyecta, también al futuro, una consecuencia neC.ia (confr.: Orgaz, “El daño resarcible”, 3era. ed., Lerner 1980, pág. 63, n° 28; Llambías, “Obligaciones”, 3era. ed., Perrot 1978, I-293, n° 241; Bustamante Alsina, “Teoría general...”, 3era. ed., Abeledo - Perrot 1980, pág. 146, nros. 324 y 325). Tal certeza entronca con el hecho causal -desde esa óptica ha de enfocarse la cuestión-, pues es éste el que, por producir la privación o desmedro de un bien jurídico, permite atribuir certidumbre al perjuicio; cuando la consecuencia no es neC.ia, sino hipotética o contingente, el daño resulta incierto (confr.: Zannoni, “El daño en la responsabilidad civil”, 2da. ed., Astrea 1987, pág. 51/52; esta sala, c. 7/08 S.D.C. 10/09).- ----------

----Tales las razones por las que propongo deducir el capital de condena la suma de $ 640 en que el magistrado del otro grado tasara este perjuicio.- ----------

----V.- No puede prosperar la queja del recurrente relativa al rubro lucro cesante, mal grado sus argumentaciones en el sentido que el actor no era propietario del automóvil de taxímetro que conducía al suceder el hecho y que no acreditó el volumen de sus ingresos frustrados.- ----------

----Lo primero, porque el demandante nunca aseveró que las ganancias perdidas hubieran provenido de los beneficios que le produjera la explotación de un vehículo propio, sino que alegó el desempeñarse como peón del taxi, que laboraba con él por una remuneración. Si sus lesiones le impidieron trabajar y con ello percibir salarios, ese es también un lucro cesante indemnizable.- ---

----El actor no sólo alegó al demandar tal frustración de beneficios esperados, sino que también lo hizo con el importe diario de ellos, que ascendía a $ 40 (fs. 5vta., pto. “b”). Tales específicos datos de pérdida de ingresos y monto de ellos no fueron en absoluto desconocidos en el responde a la demanda de fs. 33/36.- ----------

----Esa circunstancia fáctica ha quedado entonces fijada en autos, pues a su respecto operó -aquí sí- la figura procesal de la admisión, que se origina cuando del entrecruce de las alegaciones de las partes resulta la adhesión o conformidad de ambas con uno o más datos relevantes para el debate (arts. 330 inc. 4º, 356 inc. 1º C.P.C.C.; confr.: Guasp, ob. ind., I-329, nº II, “b”), con la observación todavía -que ya he hecho- de que tal figura no sólo puede presentarse bajo la forma expresa, a través del reconocimiento explícito de los hechos por el demandado, sino igualmente de modo tácito, derivado del silencio cual en la especie aconteció.- ----------

----El efecto propio de esa figura procesal consiste en dispensar la carga de acreditar los hechos por ella recogidos, pues ante la ausencia de controversia a tal respecto los mismos presentan ya la certeza neC.ia para que el juez inspire en ellos el sentido de su decisión, de acuerdo a la teoría de la sustanciación o del hecho natural y a los principios dispositivo y de bilateralidad a los que firmemente adhieren nuestras leyes adjetivas. Tales hechos admitidos quedan lisa y llanamente excluidos del “thema probandum”, porque la prueba ha de versar sobre los “hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes”, según edicta el art. 360 C.P.C.C. y no forman pues materia de ella los así fijados (confr.: Morello y otros, opus cit., V-A-11; Eisner,

“Desplazamientos de las cargas probatorias”, L.L. 1994-C.846; esta alzada, c. 17.989 S.D.L. 22/02, c. 18.404 S.D.L.4/03, c. 78/08 S.D.L. 73/08, entre innúmeros otros precedentes).- ----------

----VI.- Resulta intrascendente la impugnación relativa a la ausencia de demostración en autos de la tartamudez que padecería el demandante y, por ende, la improcedencia de computarla dentro de la incapacidad sobreviniente.- ----------

----Es que ni el perito médico la contó para determinar el grado de incapacidad -sólo atendió a las minusvalías derivadas de la lesión en la columna cervical y del vértigo leve (fs. 319)- ni lo hizo el Señor Magistrado “a quo”, quien, además, redujo por las razones que expusiera el grado de discapacidad estimado por el experto. Así pues, probada o no probada esa secuela inhacedero es ocuparse de ella, en tanto la misma no tuvo el menor influjo en la tasación del daño.----------

----Tocante a que el damnificado agravó su propio daño por no someterse a tratamientos, resulta circunstancia que al juzgador de origen no se le pasó por alto. Precisamente fue esa una de las razones por las que aminoró el grado de incapacidad, del 8,61 % de la total obrera dictaminado por el perito al 5 % de la misma (fs.386).- ----------

----VII.- El ataque al monto fijado para indemnizar el daño moral es técnicamente insuficiente, pues el apelante no se hizo cargo con una crítica concreta y razonada, cual requiere el art. 265 C.P.C.C., de la argumentación del juez relativa a que el hecho significó un trastorno en el curso normal de la vida del actor, quien debió ser hospitalizado con politraumatismo, y a que ese perjuicio resultaba resarcible aun en supuestos de incapacidad transitoria, porque la indemnizabilidad del daño moral no se encuentra condicionada por la existencia o extensión del daño material, según apuntara el “a quo” apoyando el acierto con doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema Nacional cuyos precedentes profusamente citó (fs. 387 “in fine”). Media en consecuencia aquí una parcial deserción del recurso (art. 266 C.P.C.C.).- ----------

----VIII.- Por los motivos expuestos concluyo que la sentencia apelada debe ser parcialmente revocada a fin de reducir el capital de la condena a la suma de trece mil ochocientos noventa pesos con ochenta y siete centavos ($ 13.890,87), confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios.- ----------

----Al prosperar muy parcialmente las impugnaciones -dos de las cinco expresadas- y por guarismos de escasa entidad, se registra en esta instancia un vencimiento parcial y mutuo que conduce a distribuir las costas de ella imponiéndolas al demandado apelante en un 80 % y al actor en un 20 % (art. 71 C.P.C.C.).----------

----Propondré regular los honorarios de los Dres. C. F. M. y N. del C. M., por sus labores de alzada y atendiendo a la extensión, calidad y resultado de ellas, en las sumas respectivas equivalentes al 4,20 % y al 3 % del monto total del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución (arts. 6, 7, 14, 19, 47 del dec.-ley 2.200).- ----------

----Consecuentemente, me expido en esta cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.- --

--- **A LA PRIMERA CUESTION**, el Señor Juez de Cámara Doctor Marcelo LÓPEZ MESA, dijo:----------

--- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el distinguido colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellas, dando por reproducidos aquí los desarrollos

efectuados al respecto por el Dr. Velázquez. Me concretaré, para el sustento individual de mi voto, a analizar los aspectos traídos a revisión de esta Sala.----

--- En su primer agravio, la demandada reconviniente apeló el decisorio de grado en lo tocante a los gastos médicos reconocidos al actor, entendiendo que si bien es cierto que ellos deben ser resarcidos aunque no se hallen demostrados documentalmente, ello es a condición de que la víctima haya realizado en verdad el tratamiento que le fuera indicado, alegando que en este caso no se demostró que el actor lo hubiera hecho.----------

--- Analizado el embate y las constancias de la causa fuerza es concluir que el recurrente posee razón en esta primera crítica.----------

--- Se discute en autos sobre la prueba de los gastos terapéuticos, aduciendo el apelante que no se han acompañado los recibos que los acreditan. Los recibos son la prueba por antonomasia de la realización de un gasto. Pero no es la única prueba de él. Lo que no puede quedar nunca en agua de borrajas es si el gasto se realizó o no.--------

--- Uno de los requisitos del daño resarcible, el primero y principal de ellos, es su certidumbre. Sólo los daños ciertos son indemnizables. Por el contrario, un daño incierto es, necesariamente, no reparable. Claro que existen gradaciones de certidumbre. Y así, el daño emergente es el más cierto de todos porque se ha experimentado efectivamente y en forma ponderable y ese es, precisamente, su límite resarcitorio: el daño efectivamente padecido, sus manifestaciones tangibles y relacionadas causalmente en forma adecuada con la actuación del dañador. En el otro extremo de la escala de certidumbre se ubica la pérdida de chance, supuesto en que la certidumbre del daño aparece esfumada o borrosa, aunque se halla presente, pues de otro modo no se trataría de un daño indemnizable (LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo”, Edic. de la Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Diké, Colección Internacional (Libro Nº 11), Bogotá, 2009, p. 129).-

--- El daño emergente es el más cierto de todos los daños patrimoniales; ello, por cuanto se parte de la base de un desembolso efectivo o de un menoscabo tangible, sobre el que se calcula, en el primer caso, un valor de reintegro del gasto efectuado y, en el segundo, un valor de reconstitución del patrimonio menoscabado (LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo”, pp. 129/130). En ambos casos deben existir normalmente documentos: en el primero, del pago efectuado; en el segundo, presupuestos del gasto a realizar. Si no existieran esos documentos, la prueba alternativa que demuestre el gasto o el daño debe ser clara, precisa, concordantes en caso de ser varias y en todos los supuestos convincentes.-----

--- Y en el caso que nos convoca, este primer agravio atañe o involucra a un daño emergente reconocido. Alguna vez he expresado que el daño emergente, más que una indemnización, en la mayoría de los casos equivale ontológicamente a un reintegro de gastos: a través de él se reconoce y determina un valor de reintegro correlativo a un gasto ya efectuado. Excepciones hay en que las reparaciones no se hicieron y el daño emergente se calcula a partir de gastos que habrán de realizarse. Pero se trata de excepciones. En la mayor parte de los casos, el daño emergente constituye un reintegro para un gasto ya hecho, el que debe haber sido acreditado,

tanto en su extensión, como –más primordialmente todavía- en su existencia misma.----------

---

--- De tal modo, la correspondencia entre gasto y reintegro nunca puede ser conjetural o probable, sino que debe estar probada la realización del primero, para que se torne procedente el segundo.--

---

--- Y en el caso que nos ocupa, no existe constancia de la realización misma de tales gastos, lo que desautoriza de suyo su reconocimiento. Ya no es que se discutan o no los recibos, sino que lo discutido es la realización misma del gasto en cuestión, lo que tornaba más que dudoso el reconocimiento del rubro.----------

--- Para peor, en el caso, el accionante no alegó en su demanda haber cumplido kinesioterapia cervical (cfr. fs. 5/6vta.), lo que provoca que ese aspecto del decisorio no estuviera habilitado a resolverse, pues nunca ingresó ese tópico a la liza procesal y al debate que ella contiene, habiendo infringido el a quo el principio de congruencia al concederlo.----------

---

--- Es más, como bien dice el Dr. Velázquez, la falta de introducción del dato fáctico al proceso en tiempo y forma en su etapa postulatoria, obstaba a la propia producción de pruebas acerca del ítem. Alegación y prueba están atadas con una cadena de hierro, que hace que sólo lo idónea y temporáneamente alegado pueda ser objeto de prueba conducente.----------

---

--- De tal modo, incluso si hubiera sido probado el rubro en este caso –que no lo fue-, ante la falta de alegación oportuna de la realización de la terapia kinesiológica cervical, tal prueba sería irrelevante, no pudiendo ella validar la concesión de indemnización por un rubro no debidamente incorporado a la litis.----------

--- Por otra parte, la realización de tal kinesioterapia no ha sido acreditada en autos, no habiéndose agregado a autos pruebas que demostrara su efectivo acometimiento.--------

--- Por todo ello, dicho gasto –pretensamente realizado, pero improbado- debe ser desagregado del monto de la condena, debiendo reducirse el importe de ese ítem a la suma de $ 300 (art. 165 últ. párr. C.P.C.y C.), como bien propone el votante anterior.----

--- Como segundo cuestionamiento, el apelante aseveró que el actor en su reclamo no incluyó el costo del soporte psicológico para el futuro, con lo que mal pudo el juez de grado otorgar esa partida, en especial cuando en autos la necesidad de tal terapia futura no fue demostrada mediante prueba idónea, ya que no se produjo pericia de dicha especialidad, sino únicamente un dictamen médico.----------

--- Como primera aclaración, debe decirse que el actor no omitió incluir en su reclamo el daño futuro representado por el costo de un tratamiento mental, aunque no lo mencionó como "psicológico" sino como "siquiátrico" (cfr. fs. 5 vta.), lo cual basta para habilitar el pronunciamiento del sentenciante sobre este rubro (arts. 34 inc. 4° y 163 inc. 6° CPCyC), pues lo contrario implicaría admitir una cabal sofistería, una distinción etérea, ya no sutil en este caso, lo que no procede.- ----------

--- Pero que el actor haya reclamado el rubro, no significa que el juez de grado haya hecho bien en concederlo. En este caso, todo lo contrario, pues es cuestionable tal concesión, dado que no surge acreditada en la causa la necesidad de esa terapia a tenor del dictamen del perito médico, el que explícitamente afirma que el paciente requeriría "consulta y **eventual** soporte psicológico" (cfr. fs. 318 vta./319 "d").----------

--- Esta expresión del perito (“eventual”) sumado al hecho de que se trata de un tratamiento no realizado –y un gasto no hecho- tornan necesarias algunas precisiones sobre el más eminente e imprescindible de todos los requisitos del daño resarcible: su certeza. Es que puede admitirse cierta indeterminación en el quantum nocendi pero no en el quid nocendi: **la existencia del daño debe haber sido comprobada para ordenar su resarcimiento** (LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo”, Edic. de la Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Diké, Colección Internacional (Libro Nº 11), Bogotá, 2009, p. 66; TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, La Ley, Bs. As., 2004, T. I, p. 416).----------

--- En una obra reciente de mi autoría, aparecida en el extranjero, he clarificado conceptualmente la cuestión de la resarcibilidad o no de los daños futuros. Recordé primeramente allí que prácticamente la unanimidad de la doctrina (vid, TERRÉ, François – SIMLER, Philippe – LEQUETTE, Yves, «Droit Civil. Les Obligations», Edit. Dalloz, París, 1996, p. 551, Nº 670; LE TOURNEAU – CADIET, Droit de la responsabilité, Dalloz, París, 1998, p. 211, Nºs 662 a 665; DE CUPIS, Adriano, El daño, Edit. Bosch, Barcelona, 1975, pp. 245 y ss; VICENTE DOMINGO, Elena, El daño, en “Lecciones de responsabilidad civil”, Edit. Aranzadi, Navarra, 2002, p. 72; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, “Derecho de daños”, Edit. Bosch, Barcelona, 1999, p. 73; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, “Principios de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones”, 4ª edic., Edit. Trivium, Madrid, 1996, T. 2ª, p. 339; ROCA, Encarna, Derecho de daños. Textos y materiales, 3ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 124; SANTOS BRIZ, Jaime, “La responsabilidad civil”, Montecorvo, Madrid, 1993, p. 152 (cambiando el requisito de certeza del daño por el de su “realidad”, sustancialmente coincidente con el primero); ZANNONI, El daño en la responsabilidad civil, Astrea, Bs. As., 1986, pp. 50/57, § 17; TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit., T. I, p. 413) y jurisprudencia (CNCiv., Sala D, 19/2/99, “Canoniero, Ramiro c. Rubinstein, Roberto”, LL, 2001-B- 770; SCBA, 5/7/00, “Rodríguez, Norberto Claudio c. Correa, Mariano y otra”, Juba sum. B11512; Cám. Apels. Trelew, Sala A, 7/4/09, “Porello, Aníbal Alberto c/ Municipalidad de Rawson s/ Daños y perjuicios” (Expte. 137 - Año 2008 CANE) ha declarado que para que el daño sea resarcible debe ser cierto (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo”, cit, p. 66).----------

--- Indiqué después que la noción de daño causado está en esencial contradicción con la eventualidad de ese daño. El daño que eventualmente puede ocurrir, no ha sido causado todavía y como tal no es indemnizable, pues bien puede suceder que nunca se concrete (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo”, cit, p. 66).-

---

--- Como expusiera Elena VICENTE DOMINGO, “daño cierto equivale a daño existente, a daño no imaginado y que tiene consistencia. En definitiva, a daño que se puede probar. Cuando un daño no se prueba como cierto, no es reparable” (VICENTE DOMINGO, Elena, El daño, en “Lecciones de responsabilidad civil”, cit., p. 72).----------

--- Es así que, para ser indemnizable, el daño debe ser cierto; el daño cierto es aquél cuyo acaecimiento no es conjetural o dudoso, sino demostrable en cuanto a su existencia y extensión. Como regla, el daño indemnizable es el daño actual, es decir, el ya producido. Excepcionalmente, el daño futuro puede ser indemnizable, si existe suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos (art. 901 Cód. Civ.), de que el mismo llegue a producirse, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo”, cit, p. 67; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. “Teoría general de la responsabilidad civil”, 4ª edic., Edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1983, Nºs. 324/27; TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit., T. I, p. 413; BONASI BENUCCI Eduardo, “La responsabilidad civil”, Edit. Bosch, Barcelona, 1958, trad. Juan V. Fuentes Lojo y José Peré Raluy, p. 44 y ss., Nº 11). ----------

--- De tal modo, para que el daño futuro sea resarcible, se requiere que el mismo no sea eventual, lo que implica que la probabilidad de su acaecimiento sea demostrada en juicio, al menos en cuanto a su alta probabilidad. El daño debe ser ante todo real, cierto y existente, pues proceder a la reparación de un daño eventual o hipotético, aunque sea susceptible de producirse en el futuro, pero todavía no realizado, equivaldría a enriquecer sin causa a la víctima (LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, Principios de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, cit., T. 2ª, p. 339; en similar sentido, CNCiv., Sala D, 19/2/99, “Canoniero, Ramiro c. Rubinstein, Roberto”, LL 2001-B-770; ídem, 21/5/97, “Puppo de Cuccarese, Rosa M. c. Pantoff y Fracchia S.A.”, LL 1997-E-434).----------

--- Dicha certidumbre es relativa y debe ser apreciada con tino y mesura; ello puesto que, como advierten LE TOURNEAU y CADIET, “...la certidumbre no es de este mundo. El perjuicio cierto es, en este sentido, el perjuicio muy verosímil, tan verosímil como para tener el mérito de ser tenido en consideración” (LE TOURNEAU – CADIET, Droit de la responsabilité, cit., p. 211, Nº 663). Dijimos alguna vez, en expresión que ha hecho camino en la doctrina que nos ha seguido, que el daño es cierto cuando se puede ponderar, cuando es tangible, cuando su reclamo no constituye un “castillo de arena” (LÓPEZ MESA, Marcelo, en TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit., T. I, p. 414).----------

--- Es dable aclarar que la certidumbre debe darse en cuanto a la existencia misma, presente o futura, del derecho aunque el monto del perjuicio no pueda ser determinado al momento de dictarse la sentencia, debiendo ser fijado posteriormente (TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit., T. I, p. 414. CAZEAUX, Pedro N., “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance”, en “Temas de responsabilidad civil. En

honor al Dr. Augusto M. Morello", Editora Platense, La Plata, 1981, p. 17; Trib. Supremo de España, Sala 1ª, 3/7/2001, sent. 660/2001, ponente: Sr. Román García Varela, Aranzadi, T. 2002-I, p. 2838, caso Nº 1701; Cám. CC Córdoba, 8ª Nom., 18/3/93, "Rodríguez de Gómez, Elda I. C.E.P.O.S.", JA 1994-I-708; en similar sentido, ZANNONI, El daño en la responsabilidad civil, cit., p. 50, § 17; ACUÑA ANZORENA, "adiciones" a SALVAT, Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones, Bs. As., 1958, T. IV, p. 77, Nº 2729, nota 24).----------

---

--- Es obvio que el requisito de que el daño sea cierto, no significa que deba ser fatal, pues el daño probable, que verosímilmente sucederá, también debe indemnizarse (Cám. 2ª CC La Plata, Sala 3ª, 14/3/91, "Gil, Omar c. Canelo, Héctor", Juba sum. B350938).----------

---

--- En cualquier caso, el juez debe saber cuál es el daño sufrido, debe poder apreciar sus consecuencias y manifestaciones. Un daño incierto no resulta indemnizable, porque el derecho no indemniza ilusiones sino realidades (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo", cit, p. 68; TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit., T. I, p. 415). ------

--- El daño es incierto o eventual -y por ello no es resarcible- si no se tiene ninguna seguridad de que el hecho dañoso vaya a existir en alguna medida, no presentándose ello nada más que como una mera posibilidad (SCBA, 13/10/87, "Delta Plata S.A. e Iezzi Ottonello y Cía. S.A. c. Municipio de Vicente López", AyS 1987 IV, 307). Y el caso es que el simple peligro, la sola amenaza o perspectiva de que se produzca un hecho dañoso, no basta para disponer su resarcimiento (CAZEAUX, P., Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance, cit., p. 17; CAZEAUX – TRIGO REPRESAS, Derecho de las Obligaciones, T I, p. 408, Nº 261).----------

--- Lo visto hasta aquí permite trazar una línea cartesiana en el seno de los daños futuros reclamados, distinguiendo los que son indemnizables de los que no lo son, según que su acaecimiento sea probable en alto grado, según prueba técnica incorporada a la causa o no.--------

---

--- Se nos presenta entonces la necesidad de distinguir los daños futuros "necesarios" de los daños futuros meramente "contingentes" o "eventuales". Los primeros son aquellos que, según prueba incorporada a la causa y según el curso normal y ordinario de las cosas habrán de producirse con alta probabilidad, a partir del desenlace de la situación acreditada. En cambio, los daños contingentes o eventuales son daños que pueden o no producirse en el futuro, por lo que su actual reconocimiento resulta inconveniente, dado que puede dar lugar a un enriquecimiento sin causa.----------

--- En el caso que nos ocupa se da este último supuesto. Es más, del propio dictamen pericial surge que tal necesidad de tratamiento es "eventual", lo que aleja el reclamado pago de tales gastos del segmento de lo resarcible, dado que lo eventual es aquello que bien puede o no suceder y, por ende, no debe resarcirse en tanto no se tenga una cierta certeza de que habrá de acaecer. ---

---

--- Tales las razones por las que propongo deducir el capital de condena la suma de $ 640 en que el magistrado del otro grado tasara este perjuicio.----------

--- En tercer lugar, el apelante manifestó que el lucro cesante no resultó acreditado, pues el actor no demostró el volumen de los ingresos supuestamente dejados de percibir. Aduce el recurrente que fue acreditado que el demandante al momento del hecho se desempeñaba como peón del taxímetro de un tercero, pero no en cambio el monto de los ingresos frustrados.----------

---

--- El apelante aduce que el actor no era propietario del taxímetro que conducía al momento del evento dañoso y que no acreditó el volumen de sus ingresos frustrados. Analizada la cuestión, advierto que no puede prosperar el embate.----------

--- El actor no indicó en su reclamo que las ganancias perdidas hubieran provenido de los beneficios que le produjera la explotación de un vehículo propio, sino que alegó desempeñarse como peón del taxi, por lo que percibía una remuneración. Basta con que las lesiones que sufriera le impidieron trabajar, para que dejara de percibir salarios, para que se constituye un lucro cesante indemnizable.----------

--- El accionante alegó en su escrito liminar la frustración de ganancias que padeciera, indicó el importe diario de éstas, estimándolas en $ 40 (cfr. fs. 5vta.). Esos datos no fueron desconocidos en la contestación de responde a la demanda (cfr. fs. 33/36).-------

--- La falta de negativa puntual de tales alegaciones ha producido que las mismas queden incuestionadas, con los efectos consiguientes (doctrina arts. 330 inc. 4°, 354 inc. 1°, 357, 358 C.P.C.y C.).----------

--- Bien se ha resuelto que el principio de la admisión, es la figura procesal que tiene por efecto dispensar de prueba de los hechos reconocidos (Cám. CC 1ª La Plata, Sala 2ª, 8/3/90, “Sconis, Juan Bautista c/ Darre, Félix Alberto y otro s/ Daños y Perjuicios”, en Juba sum. B150112).----------

--- Inútil advertir que, por carácter transitivo, quien no ha negado la existencia de hechos alegados, no puede luego venir a decir que ellos no están probados. Lo expuesto sella la suerte de este embate.----------

--- En cuarto término, adujo el recurrente que no se aportaron a la causa estudios fonoaudiológicos o de profesionales especialistas hábiles para justificar la disminución funcional en el habla por tartamudez considerada por el sentenciante de origen para tasar la incapacidad sobreviniente. Aseveró asimismo el apelante que la falta de sometimiento de la víctima a tratamientos alguno contribuyó a agravar su daño.----------

--- Coincido con el Dr. Velázquez sobre la intrascendencia de la alegada ausencia de demostración de la tartamudez que padecería el demandante en este caso; ello, dado que ni el perito médico la tuvo en cuenta al momento de fijar el grado de incapacidad –cfr. fs. 319- ni tampoco la tomó en cuenta el a quo, con lo que el punto carece de trascendencia para la suerte del litigio, lo que tornaría abstracta –e inconveniente por tanto- su consideración.----------

---

--- En cuanto a la agravación del daño por el damnificado al no someterse a tratamientos, no es un punto que pueda cambiar en esta instancia el resultado del litigio, como que ya fue tenido en cuenta por el a quo, quien en virtud de este tópico, redujo el porcentual de incapacidad resarcido del 8,61 % al 5% de la total obrera dictaminado por el experto (cfr. fs. 386). Y no se ha hecho cargo el apelante de tal reducción, ni ha cuestionado si el grado de reducción dispuesto por el juez se compadece con el grado de agravación causado por la omisión del dañado, lo que impide ingresar al análisis de tal tópico en esta instancia, dado que el punto no ha sido habilitado a la competencia revisora de esta Cámara en los agravios.----------

--- Por último, impugnó el apelante el monto establecido para indemnizar el daño moral, al considerarlo excesivo, entendiendo que las secuelas esgrimidas son transitorias, al no haberse agotado los tratamientos disponibles.----------

--- Tampoco habrá de prosperar el embate relativo al monto del resarcimiento por daño moral, ya que el cuestionamiento del punto no llena técnicamente las exigencias del art. 265 C.P.C.y C., ya que el apelante plasma una crítica parcial, que no se hace cargo de la totalidad de los argumentos del a quo relacionados con este aspecto de su decisión, provocando que adquiera firmeza este segmento de la sentencia en crisis.------

--- Las consideraciones del sentenciante de grado respecto de la resarcibilidad de la incapacidad transitoria en cuanto tal y del daño moral que ella puede producir no han sido rebatidos siquiera por el recurrente, con lo que debe entenderse que su recurso no ha superado la valla técnica del art. 265 CPCyC. Y así debe declararse la deserción parcial del recurso, en cuanto a este agravio (art. 266 C.P.C.y C.).----------

--- Lo anteriormente expuesto, me lleva a acompañar la propuesta del colega de Sala de modificar parcialmente la sentencia de grado, reduciendo el monto de condena a la suma de $ 13.890,87 y confirmando el decisorio en crisis en todos los restantes aspectos motivo de cuestionamiento. ----------

--- En lo tocante a las costas, coincidiré también con la propuesta del colega prevotante, entendiendo adecuada a lo acontecido en la litis la distribución de las costas al demandado en un 80% y al actor en un 20% (art. 71 C.P.C.C.). Ello, dado que los embates recursivos prosperan parcialmente –sólo dos de los cinco agravios- y cuantitativamente con escasa incidencia para la suerte del litigio, lo que patentiza un vencimiento parcial y mutuo pero asimétrico en cuanto a lo obtenido por cada una de las partes. ----------

--- Acompañaré también la propuesta del Dr. Velázquez en cuanto a los emolumentos curiales, entendiendo justa la regulación de los honorarios de alzada del Dr. C. F. M. en el 4,20 % del monto del litigio que se determine en etapa de ejecución y los de la Dra. N. del C. M., en el 3 % del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse en etapa de ejecución. Es que tales alícuotas se corresponden con las labores de alzada realizadas por cada uno de los letrados indicados, su calidad, mérito, extensión y resultado (arts. 6, 7, 14, 19 y 47, Ley 2.200).----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió: ----------

----Visto el acuerdo antes alcanzado, corresponde: ----------

----A) Revocar parcialmente la sentencia apelada a fin de reducir el monto del capital de la condena a la suma de trece mil ochocientos noventa pesos con ochenta y siete centavos ($ 13.890,87), confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios.-

----B) Imponer las costas de segunda instancia al demandado apelante en un 80 % y al actor en un 20 %.- ----------

----C) Regular los honorarios de los Dres. C. F. M. y N. del C. M., por sus labores de alzada, en las sumas respectivas equivalentes al 4,20 % y al 3 % del monto total del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución.- ----------

----ASÍ LO VOTO.- ----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo López Mesa expresó: ----

---

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Velázquez en su voto a esta cuestión. ----------

--- Tal mi voto.---------- ---------

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por licencia del Dr. Carlos Dante Ferrari (art. 8 Ley 1130, To. Ley 4550).---------- ----------

----Trelew, de agosto de 2009.---------- ----------

----En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada a fin de reducir el monto del capital de la condena a la suma de trece mil ochocientos noventa pesos con ochenta y siete centavos ($ 13.890,87), confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios.- ----------

----IMPONER las costas de segunda instancia al demandado apelante en un 80 % y al actor en un 20 %.- ----------

----REGULAR los honorarios de los Dres. C. F. M. y N. del C. M., por sus labores de alzada, en las sumas respectivas equivalentes al 4,20 % y al 3 % del monto total del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución.- ----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.---------- ----------

----REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.009 – SDC.- Conste.- ----------

PAULO EDUARDO KÔNIG
SECRETARIO DE CAMARA