En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de agosto del año dos mil doce, reunida en Acuerdo la ***Sala A*** *de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Silvia Noemí Alonso y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados:* ***"P. G., A. A. y otra c/C., E. R. y otros s/SUMARIO (Daños y Perjuicios", expte. nro. 29 año 2012****, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 538/08), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 798), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Fernando Nahuelanca, Dr. Julio Antonio Alexandre.*

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: ***PRIMERA****: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 702/722? y* ***SEGUNDA****: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

A la primera cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso, dijo:

1. El fallo y los agravios.

El juez de grado hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó solidariamente a E. R. C., C. A. P. y S. C. SRL, a pagar al Sr. A. A. P. G. la suma de pesos cincuenta y tres mil novecientos ochenta con cincuenta y un centavos, en concepto de daño material emergente, y a A. D. P., en concepto de pérdidas de chances futuras y daño moral dos millones cuatrocientos noventa mil cuarenta; extendió la condena a F. P. SA en el marco de la ley de contrato de seguros, impuso las costas a los demandados; reguló los honorarios profesionales y tuvo

presente la reserva del caso federal.

Los codemandados C. A. P. –fs. 729-; de la F. P. S. S.A. -fs.730-; de S. C. SRL –fs. 731- y R. C. –fs. 736 interpusieron sendos recursos de apelación; también apelaron, por altos, los honorarios regulados a los letrados y peritos actuantes –fs. 732/738-. Todos los recursos fueron concedidos a fs. 747.

Las apelaciones contra la sentencia fueron fundadas a fs. 774/780 vta.; 781/787 vta.; y fueron contestadas a fs. 789/795 vta.

Los recurrentes se agravian porque consideran arbitrario el reconocimiento de pérdida de chance futura a favor del actor subsidiariamente, impugnan la cuantificación por considerarla excesiva y sin fundamento jurídico; también por el monto fijado en concepto de daño moral al que consideran elevado y exagerado.

Los actores contestan, a fs. 789/795, plantean la falta de idoneidad técnica del primer agravio, para luego dar las razones de fondo que justifican –a su entender- la improcedencia de éste y del restante. Piden, en definitiva la confirmación del fallo en lo que ha sido materia de agravio.

2. Tratamiento de los agravios

2a Previo a toda consideración he de puntualizar tres premisas básicas determinantes al momento de resolver la única cuestión sometida a revisión que es la cuantificación de los daños. Ello en tanto no se han impugnado las conclusiones del juez que atribuyen la responsabilidad por el evento a quien conduciendo un camión de gran porte, en estado de ebriedad, atropelló a un adolescente de 18 años apenas cumplidos que trotaba por una vereda, tampoco la del dueño del automotor, la responsabilidad refleja del principal y la de la aseguradora en el marco de la póliza del seguro contratado.

Las referidas premisas son:

- Las construcciones jurídicas propias del derecho privado, rama jurídica en la que encuadran las cuestiones planteadas, deben ser vinculadas directamente con el derecho constitucional.

En dicho orden de ideas, es imposible soslayar que la reforma constitucional de 1994, impactó profundamente en las instituciones del derecho privado, fundamentalmente porque cambió el clásico paradigma del derecho nacional –el patrimonio- ubicando a la persona humana por encima en el centro de

todo el sistema jurídico.

-Las dos bases en las que se asienta el derecho de daños: deber de no dañar y reparación integral tienen neta raíz constitucional.

Antes de la mencionada reforma la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estableció que el derecho a la reparación del daño injustamente sufrido -que deriva del deber de no dañar (principio alterum non laedere), en nuestro sistema, tienen la mentada raíz constitucional, sea que se lo considere como un derecho autónomo (argum. art. 33, C.N.), o emplazado en el art. 19 C.N. ("Santa Coloma", "Gunther" y "Luján"), o como derecho inferido de la garantía de propiedad (arts. 14, 17 y concs. ("Motor Once").

Este proceso, no sin algún retroceso encuentra su punto cúlmine en la causa "A.", en el que con noble claridad se consagra:

El carácter constitucional del derecho a la reparación y el rango igualmente constitucional del principio alterum non laede "que prohibe a los hombres dañar los derechos de un tercero, a la justicia social y a la dignidad humana".

El resentimiento grave de la dignidad humana, en su dimensión constitucional, frente a normas que sólo en apariencia brindan protección a los daños injustamente sufridos, a través de indemnizaciones menguadas, ínfimas o de otras formas de exclusión resarcitoria.

Es decir, se consagra el principio de la reparación plena.

Justamente este último principio es el que debe ser utilizado como parámetro para analizar si en el caso concreto la cuantificación efectuada en primera instancia e impugnada por los recurrentes es o no arbitraria.

La mentada valoración exige, también efectuar una breve referencia al daño producido al actor, ya que la reparación integral no es una mera formulación abstracta sino que debe ajustarse al daño efectivamente producido.

Las lesiones sicofísicas causadas al actor no han sido cuestionadas, no obstante ello a los fines señalados en el párrafo anterior, puntualizó que como consecuencia del accidente el actor sufrió politraumatismos, fractura de pelvis compleja –rama ilio pubiana e isquiopubiana-, fractura de fémur izquierdo y lesión uretral con sangre en el meato urinario. Estos importantes daños a su cuerpo determinaron las siguientes conductas terapéuticas: fijación externa de la cadera,

resucitación con cristaloides y sangre y analgesia con fentamilo –fs.500 del expediente, historia clínica del actor , hoja de ingreso a Terapia Intensiva del Hospital Regional de esta ciudad-.

El mismo día del accidente –30/6/2007- fue sometido a una operación quirúrgica de urgencia, catalogada como grave, que comenzó a las 22, 45 horas y finalizó a las 1 h. del día siguiente según consta a fs. 501 y 516.

El día 3 de setiembre, fue intervenido quirúrgicamente, por la lesión uretral, siempre bajo anestesia general, el día siete de ese mes, luego de 2 meses y ocho días de internación fue dado de alta de Sala y derivado al Hospital Italiano con diagnóstico de estenosis de uretra -fs. 655-. En dicho centro médico, fue atendido a partir del 18 de setiembre de 2007, intervenido quirúrgicamente el 5 de octubre de ese año (plástica de uretra con colgajo circular de pene), se ordenaron controles cada cuatro meses. El día 12 de marzo de 2008 se certificó su situación eréctil, el 20 de junio de 2008, se dejó constancia que el paciente orinaba sin problemas y se comenzó a hablar con él del implante peneano. La intervención quirúrgica para su realización tuvo lugar el 22 de julio de 2008. Los controles de la prótesis implantada deben ser, como mínimo, anuales. El último control registrado en la copia de la historia clínica -enviada el 22/01/ 2011- es del 29 de setiembre de 2009 –fs . 670-.

La reseña efectuada demuestra que bienes jurídicos superiores, como lo son el derecho a la integridad psicofísica, a la salud en su amplio espectro, a la intimidad - tutelados por las normas preeminentes de nuestro ordenamiento jurídico-, han sido afectados en forma irremediable.

La descripción de las lesiones temporarias y permanentes sufridas por el joven A. P. demuestra con claridad la grave afectación que ha sufrido en su salud sexual -concretamente la disfunción eréctil masculina es un síndrome clínico que altera el funcionamiento sexual-.

El término salud sexual se refiere a la experiencia del proceso continuo de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad.

La sexualidad humana de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS) se define como:

"Un aspecto central del ser humano, presente a lo largo de su vida. Abarca al

sexo, las identidades y los papeles de género, el erotismo, el placer, la intimidad, la reproducción y la orientación sexual. Se vivencia y se expresa a través de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas, papeles y relaciones interpersonales. La sexualidad puede incluir todas estas dimensiones, no obstante, no todas ellas se vivencian o se expresan siempre. La sexualidad está influida por la interacción de factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, políticos, culturales, éticos, legales, históricos, religiosos y espirituales" (Defining sexual health Report of a technical consultation on sexual Elath", 2006 OMS).

La mentada definición reconoce la trascendencia de la sexualidad para el ser humano y relaciona todos los aspectos que abarca la sexualidad.

La totalidad de estos aspectos fueron impactados total o parcialmente por la lesión.

La definición de trabajo propuesta por la OMS(2006) orienta también la necesidad de atender y educar la sexualidad humana. Para esto es de suma importancia, reconocer los derechos sexuales (WAS,OPS,2000):

•El derecho a la libertad sexual.

•El derecho a la autonomía, integridad y seguridad sexuales del cuerpo.

•El derecho a la privacidad sexual.

•El derecho a la equidad sexual.

•El derecho al placer sexual.

•El derecho a la expresión sexual emocional.

•El derecho a la libre asociación sexual.

•El derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables.

•El derecho a información basada en el conocimiento científico.

El derecho a la educación sexual integral.

•El derecho a la atención de la salud sexual.

Por supuesto, casi todos de estos derechos han sido irremediablemente afectados por el evento dañoso.

Estimado por lo tanto el daño, en un todo de acuerdo con lo parámetros constitucionales, comenzaremos el examen de su cuantificación.

2.b. Los agravios exigen una primera reflexión que se vinculan obviamente con

las premisas básicas que he señalado anteriormente; concretamente con la de la reparación integral.

El daño sufrido por el joven A. D. ha sido puntualmente descripto, constatado y no impugnado por el recurrente frente a ello la múltiple clasificación de los daños que la doctrina enseña y explica no puede ni debe conspirar contra una reparación integral de los perjuicios probados. Si el daño existe, lo ilógico es pretender ora su rechazo, ora minimizarlo a través de una indemnización exigua bajo el argumento de que no encuadra en el concepto clasificatorio invocado.

En un reciente trabajo se mencionan las tres teorías que clasifican los daños:

1) las que propician una única clasificación válida en nuestro derecho positivo, en dos daños, el daño moral y el daño patrimonial.

2) las que incluyen terceras categorías fuera de lo que sería el daño moral y el daño patrimonial.

3) las que propician una nueva clasificación en base a otros parámetros que creen de mayor amplitud y consistencia significativa humanística. Hablan del daño a la persona y de sub-clasificaciones que se desprenden del mismo (Frúgoli, Martín A., Daño: conceptos, clasificaciones y autonomías DJ 05/01/2011, 1)

El mencionado autor con agudeza y citando a Borges, se hace cargo de cierto grado de arbitrariedad propia a toda clasificación. Así, recuerda que el genial Borges ya había criticado la cuestión de las clasificaciones, cuando manifestó que no hay clasificación del universo que no sea arbitraria y coyuntural, porque no sabemos qué cosa es el "universo". (BORGES, Jorge L., "El idioma analítico de John Wilkins, en Otras inquisiciones, Alianza, Barcelona, 1988, p. 159, cit. por DODDI, Cristina D., "Cláusulas de restricción de responsabilidad contractual", Ed. LexisNexis, Bs. As. 2005, p. 81 nota 4).

Además luego de un completo análisis de las cuestiones sostiene que, en definitiva, todas las teorías contemplan los menoscabos sufridos y que lo que se debe discutir no es la clasificación sino como llegamos a una indemnización integral.

Sentado ello, he de detenerme en la impugnación del monto concedido en concepto de daño patrimonial bajo el argumento de la falta de acreditación de los presupuestos de este rubro.

La crítica es infundada, en primer lugar olvida el recurrente que la lesión a la integridad sicofísica esta plenamente acreditada conforme lo he señalado al inicio.

Luego, también olvida que nos encontramos ante una persona que al momento del accidente tenía 18 años, dos meses y 27 días de edad. Es decir, aún era menor de edad a la fecha del accidente conforme la legislación vigente en ese momento ya que la ley 26579 que establece la mayoría de edad a los 18 años es de diciembre de 2009.

Más allá de dicha disquisición legal se trataba y se trata de una persona joven. Naciones Unidas considera jóvenes a todos los hombres y mujeres entre los 15 y los 24 años de edad (CEPAL. Juventud, Pobreza Y Desarrollo en América Latina y El Caribe Primera; Reunión Técnica Preparatoria 22 al 25 de julio de 2003 preparatoria de la XII Conferencia del 15 al 17 de octubre de 2003, Santo Domingo, República Dominicana Preparado por la Comisión Económica para América Latina).

Esa juventud es otro dato objetivo que necesariamente debe ser tenido en cuenta, como lo ha hecho el juez de grado, al momento de la cuantificación de este rubro llamado por la doctrina española, con mayor rigor idiomático pérdida de oportunidades.

Es que el daño se ha producido en un momento clave del ciclo vital de las personas; justo en el momento en que finalizaba la adolescencia y comenzaba el proceso de autonomía personal. Así, el empoderamiento, vinculados a los adolescentes en un proceso que incluye conceptos tales como autoestima, capacidad de elección, control y acción (“Definición del empoderamiento desde la perspectiva de los adolescentes” Draft-Noviembre2006, Organización Panamericana de la Salud).

Este proceso fue gravemente alterado, casi aniquilado por el evento dañoso. Concretamente en el caso no solo se ha malogrado "la oportunidad" de obtener ganancias con la práctica de un deporte profesional como es el boxeo, sino genéricamente con cualquier actividad relacionada con un cuerpo sano; repárese que también el actor ha quedado con una secuela en sus piernas –una más corta que la otra.

En este contexto, fácil es colegir la razonabilidad del juicio de probabilidad, que presupone la chance, realizado por el magistrado de la anterior instancia para resarcir el malogro de la oportunidad cancelada.

Incluso, el juzgador hace tangencial referencia al reclamo resarcitorio; sosteniendo que el actor confunde en algunos pasajes la pérdida de chance con el lucro cesante.

En realidad entre aquella y el lucro cesante futuro existe una línea muy fina de demarcación. Así mientras en este último, se debe analizar si la víctima se habría encontrado con toda previsibilidad en el futuro, en condiciones de acceder a la ventaja malograda; en la pérdida de chance corresponde constatar si es probable que se hubiere desenvuelto el contexto idóneo para consumar ese provecho material.

Este examen ha sido realizado por el magistrado de la anterior instancia, con base en las pruebas concretas que menciona –declaración de su profesor que da cuenta de su próximo debut y de sus condiciones-, a las que agrego la inscripción en la Escuela Municipal de Boxeo –fs. 203-, destacando que el motivo de inscripción consignado fue “mejorar la calidad de vida” –fs. 203 vta.-, ha truncado una incipiente evolución como profesional del boxeo que había consumido esfuerzos y empeños.

Por ello la probabilidad suficiente o mínima que requiere el concepto en crisis está debidamente probada en autos.

Por lo demás, la afectación es indudable que incide notablemente en la vida de relación del joven, consecuentemente, al fijar el monto el juez ha actuado con fino criterio de equidad, conforme las circunstancias propias del caso. Los argumentos del recurrente se encuentran ceñidos exclusivamente a la productividad, siendo dable recordar debo puntualizar que este criterio ha sido superado por la doctrina y la jurisprudencia.

Reitero que el valor vida tiene base constitucional ya que como ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación es “el primer derecho natural de la persona humana” (Fallos 302:1284). Se lo consideró, tradicionalmente, un derecho implícito o no enumerado (arg. art. 33 C.N.) y con la reforma de 1994 ha quedado expresamente incorporado al texto constitucional porque de ese modo lo

reconocen los tratados de derechos humanos.

Ello, sin dudas, se proyecta en la materia que nos ocupa ya que la salud tiene un valor para su titular; se trata de un bien jurídicamente tutelado y cuando es lesionado, cuando se afecta su utilidad, el menoscabo integra el contenido de daño.

En esta tesitura, según la cual la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable, se enroló calificada doctrina y jurisprudencia y quedó ratificada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Nuestro tribunal cimero ha sostenido que todo menoscabo permanente de la integridad sicofísica de la persona es un daño resarcible por sí dentro de la categoría de daño patrimonial y desvinculando el concepto de patrimonialidad de la mera pérdida de ganancias al incluir además diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (Fallos 315:2834).

Incluso, hace casi un cuarto de siglo las “Jornadas sobre Temas de Responsabilidad Civil en Casos de Muerte o Lesión de Personas celebradas en Rosario en 1979” recomendaron que para la fijación del resarcimiento debe tenerse en cuenta la persona humana con su multiforme actividad; debiendo computarse y repararse económicamente toda lesión sufrida ya sea en sus facultades culturales, artísticas, deportivas, comunitarias, religiosas, sexuales. Aída Kemelmajer de Carlucci invoca esta recomendación para sostener que es ese el criterio prevaleciente en la actualidad ya que la postura doctrinaria de que sólo las incapacidades que disminuyen la aptitud productiva son indemnizables como daño material ha perdido su antigua importancia (“Código Civil y leyes complementarias. Anotado, Comentado y Concordado” Director Augusto C. Beluscio, Tomo 5, ED. Astrea. Bs.As. 1984; comentario de la autora al artículo 1086, & 13, p. 219/220).

Ergo, al momento de cuantificar los daños materiales, cabe evaluar la incidencia de la lesión a la integridad sicofísica dentro de un espectro más amplio que el propuesto por los recurrentes y reconociendo que cada caso es diferente y distinto.

Por supuesto que lo manifestado no significa desconocer lo estrictamente patrimonial vinculado a lo que ha dejado de percibir sino advertir que integra el

contenido del daño con otros aspectos también importantes.

En función de lo expuesto, teniendo presente la entidad de la lesión, la afectación permanente de la salud, la limitación de la marcha, la edad de la víctima, la proyección del daño en la esfera patrimonial, recreativa, cultural y deportiva propongo la confirmación del monto que en concepto de daño patrimonial ha sido otorgado al actor.

El segundo agravio se vincula con la cuantificación del daño moral.

Las alegaciones del recurrente son genéricas expresan una mera disconformidad con lo resuelto; parten de una premisa equivocada: la minimización del daño probado y de una comparación equívoca. En efecto, en vez de cuestionar el razonamiento del juez con base en los hechos probados de la causa se reprocha la decisión con cuestionamientos ajenos a la cuestión debatida. Concretamente se pregunta cual sería el monto en el supuesto de una gran discapacidad, es remitiéndose a un supuesto que no es el aquí debatido.

No obstante la entidad del déficit observado he de señalar que el juez de grado al momento de estimar y cuantificar el daño moral ha incluido en este a todo daño extrapatrimonial entre ello el psíquico. Es decir ha adherido al criterio que ha sentado el Superior Tribunal de Justicia que expresamente no reconoce un tercer género de daños.

Otra vez, destaco que más allá de las clasificaciones, lo trascendente es la evaluación justa y apropiada, y tales son las características que presenta la valoración del juez que no ha podido desvirtuar el recurrente.

Lo cierto es que en el fallo se han ensamblado distintas esferas al estimar y cuantificar el daño extrapatrimonial. Ha referido, el magistrado a los dolores, padecimientos, alteración de los estados de ánimos, la definitiva alteración de cuerpo físico, la pérdida del bienestar psíquico. Es decir como resulta de los argumentos dados en el punto 11.5 de la sentencia ha conjugado y valorado distintos aspectos que hacen a la complejidad del ser humano conforme las circunstancias probadas de la causa e incluso así lo ha aclarado; verbigracia al enfatizar que ha merituado el ya no ser lo que se era.

A mayor abundamiento señalamos que la grave lesión que ha padecido el joven lisa y llanamente aniquiló la elección que libremente había efectuado: ser un

profesional del boxeo. Elección que se basó, como ya he dicho, en un motivo: mejorar la calidad de vida.

El accidente generado por quien conducía ebrio un camión implicó un cambio drástico en el curso de la vida de este joven; le impuso circunstancias nuevas, adversas, impensadas que al modificar sus planes y proyectos formulados con base en las condiciones ordinarias de su vida y conforme sus propias aptitudes, genera una fuerte vulneración en sus derechos extrapatrimoniales.

La grave afectación a su sexualidad, a la que ya me he referido, graficada por el médico tratante (básicamente le arruinaron la vida) y también descripta por el perito médico –informe de fs. 575/580-, desató un cambio en la vida del joven A. que por su entidad trastocó a fondo el marco espiritual y afectivo en el que se desenvolvía, se desenvuelve y se desenvolverá su vida de relación.

Estos trastornos físicos y síquicos que el accidente generó en la víctima impidieron definitivamente la realización de su vocación, cancelando la elección –libremente adoptada- que el joven hizo de su plan de vida.

En consecuencia, el juez de grado al valorar los daños extrapatrimoniales, ha tenido en cuenta los padecimientos físicos y psíquicos, las alteraciones disvaliosas del espíritu (daño moral en sentido estricto) y también la destrucción del proyecto de vida.

La inmensidad de estos perjuicios, la edad de la víctima, la permanencia de las secuelas, la continuidad del tratamiento, la temporalidad del implante -10 años de vida útil-; todo ello da sustento razonable a la cuantificación efectuada por el juez de grado cuya confirmación propicio.

Por las razones expuestas propongo el rechazo del recurso.

3. Las apelaciones de honorarios.

Las regulaciones de honorarios han sido apeladas por el recurrente y adelanto que las mismas han de prosperar. Los honorarios indebidamente fijados en jus, al ser cuantificados demuestran que efectivamente transgreden las escalas legales.

En consecuencia propongo la regulación en porcentuales, atendiendo a las pautas legalmente establecidas en el artículo 5 de la ley arancelaria y en función de las escalas contenidas en el artículo del mismo ordenamiento.

En un todo de acuerdo con lo expuesto propongo se regulen los honorarios de los letrados apoderados de la parte actora en un 20% del monto del proceso. Los correspondientes al Dr. N. D. en un 3.5% del monto del proceso; los correspondientes al Dr. C. T. por su actuación en representación de S. C. SRL en un 3,5%; por su actuación en representación de C. A. P. en un 3,5% y por su actuación en representación de E. C. y la F. P. de S. S.A. en un 7%.

Los honorarios del perito médico deben ser revisados porque una pauta esencial a tener en cuenta es la extensión de los trabajos; consecuentemente corresponde su modificación y razonable regulación conforme a las tareas efectivamente desempeñada en la suma de pesos cincuenta mil.

Los honorarios de la perito sicóloga deben ser confirmados porque respetan la pauta anteriormente descripta; los argumentos relativos a la oposición a al prueba si bien fue tenido en cuenta al momentos de proveer, atento las circunstancias propias de la lesión sufrida deben ser desechados.

4. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen a la demandada vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los honorarios se fijan de conformidad con las pautas legales citadas y por aplicación de la escala específica del artículo 14 del mismo ordenamiento. Por esta razón los determinó a favor de los Dres. G. M. y J. G. H., en forma conjunta, en el 30% de los que le correspondan en la instancia de grado y a favor del Dr. C. T. en el 25% de los que le correspondan en la primera instancia.

En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por los codemandados a fs. 729, 731 y 736 y la citada en garantía a fs. 730 contra la sentencia de primera instancia obrante a fs. 702/722.

2. Hacer lugar a las impugnaciones interpuestas a fs. 732, 733, 735, 737, 738 y en consecuencia revocar las regulaciones de honorarios contenidas en el punto de la sentencia obrante a fs. 702/722.-

3. Regular los honorarios de primera instancia del modo propuesto en el

considerando pertinente.

4. Costas de esta instancia a los demandados y las citada en garantía.

5. Regular los honorarios de esta instancia del modo propuesto en el considerando pertinente.

A la primera cuestión el Dr. Fernando Nahuelanca, dijo:

La sentencia se dicta a fs.702/722, hace lugar parcialmente a la demanda y condena solidariamente a E. R. C., C. A. P. y S. C. S.R.L. a pagar a A. A. P. G., la suma de $ 53.980,51 en concepto de daño material emergente y a A. D. P., la suma de $ 2.490.040 en concepto de chances futuras y daño moral, mas intereses de conformidad con los considerandos a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia. Rechaza el daños psicológico, la existencia de pluspetición inexcusable y extiende los efectos de la sentencia a la citada en garantía F. P. de S. S.A. respecto a su asegurado dentro del contrato y la Ley de Seguros.

Impone las costas a los demandados vencidos y regula los honorarios. Tiene presente la reserva del caso federal por parte de S. C. S.R.L., C. A. P. y F. P. de S. S.A.

A fs.726, comparece A. D. P. como parte directa por mayoría de edad, bajo apoderamiento letrado.

A fs.729 apela C. A. P.; a fs.730. la citada en garantía “F. P. de S.” S.A. y a fs.731 S. C. SRL, todos apelan la sentencia bajo apoderamiento letrado. A fs.732 por la citada en garantía, S. C. SRL y C. A. P., se apelan los honorarios por altos; a fs.733/734, S.C. SRL apela honorarios por altos los honorarios regulados al letrado de la demandada S.C.SRL, Dr.N.D. presenta fundamentación. A fs.735/736, se apelan por altos y se funda, por los honorarios regulados al perito médico O.A.H. A fs.736 apela la sentencia definitiva E.R.C. por apoderado letrado. A fs.737/737vta., se apelan y funda por altos los honorarios regulados a la perito P.L.A.a fs.738/738vta., se apelan por altos y se funda, los honorarios regulados a los Dres.J.A. M.G.H, A. G.M.y a A.R. Los recursos se conceden a fs.747/747vta. y se corren traslados.

Por derecho propio contestan los agravios los Dres. G.M. J.A. G.H.y Dra. A.R.(fs.750/750vta.). A fs.751/754, por derecho propio contesta la apelación de sus honorarios el Dr.N.A. D.

Por los codemandados “S.C. S.R.L., C. E.R.y P. C.A. se expresan agravios a fs.774/780. Se dirigen a controvertir la pretensión indemnizatoria por “privación de chances futuras” y “lucro cesante”, fundado en que al momento del siniestro era prácticamente un deportista profesional dentro del pugilismo y como consecuencia del accidente se ha visto privado de desempeñarse como tal. Vio frustrado su debut en otra ciudad dentro de la categoría pluma y los futuros ingresos por sumas abultadas. La exposición de las presentantes consideran carente de pruebas las pretensiones, no probada su destreza y lo que gana un boxeador profesional. Resta eficacia a la declaración de C.A.M.y que ni siquiera probó el actor su participación en un combate amateur. Rechaza en consecuencia la privación de la posible ganancia de $ 500.000, entendiendo que el Juez considera la ausente de elementos objetivos que ameriten tener por acreditada la probabilidad del actor de desempeñarse profesionalmente e impugna en consecuencia que si la sentencia tiene en consideración la práctica de entrenamiento para ser boxeador, de la que se vio privado como otros esfuerzos similares. Cita premisa de procedencia de la pérdida de chance, doctrina y jurisprudencia. Sostiene que la probabilidad no se encuentra demostrada y no puede servir de sustento el fundamento de la sentencia señalado. Amplía respecto a argumentación que resulta reiterativa sobre la ausencia de prueba y falta de rigurosidad en su análisis de la condición de pugilista, que no se atiende la pauta del art.901 C.C. como tampoco la propia premisa que cita del Magistrado Marcelo López Mesa. Transcribe el texto en que el magistrado opone que las codemandadas no arrimaron prueba del acierto de su refutación, por lo que estima en $ 500.000 el monto indemnizatorio estimado por los actores. A la cita de la doctrina y de doctrina de los calificados autores que señala, sobre los alcances de lo indemnizable y la pérdida de chance y a la cita de la autora Matilde Zabala de González, subraya que en cualquier caso el Magistrado debe consignar las pautas objetivas de las que infiere su pronóstico sobre la mayor o menor oportunidad de la realización de la chance; que el Juzgador no la da. En el segundo enfoque objeta el daño moral por excesivo, en

virtud de las lesiones padecidas, los tratamientos y de la frustración de las expectativas de vida que señala a fs.779vta. Objeta los alcances de la minusvalía asignada en razón de la relación sexual y aristas conexas con las dificultades de la misma, erección, eyaculación, orgasmo. Sostiene que el perito médico no cuantificó la incapacidad alguna o respecto a la total obrera, con lo que impugna por desmesurada la cuantificación del daño en la suma de $ 900.000. Peticiona finalmente de conformidad con los agravios interpuestos, por la negativa o disminución de las indemnizaciones otorgadas.

Por la citada en garantía “F.P.de S. S.A., se expresan agravios a fs.781/787vta., advirtiendo que impugna asimismo el quantum por pérdida de chance y como daño futuro y el daño moral, por elevados, con fundamentación similar a la precedente, por la que se considera reproducidos los agravios y sus alcances.

Los agravios precedentes se contestan por la actora a fs.789/795vta., en forma conjunta por mencionar asimismo que resultan del mismo tenor.

Los agravios.

Las quejas planteadas en esta Alzada, desde que se pone en tela de juicio no ya el acontecimiento fáctico causante del daño ni sus consecuencias, sino los montos de indemnizatorios invocados en función de no encontrarse probada la actividad deportiva que considera frustrada la accionante, tiene por contrapartida fundamental que ha quedado reconocida la gravísima afectación de funciones vitales de la parte actora. Las mismas son proyecciones a la salud de su persona y las graves consecuencias que enervan el futuro de la misma.

Se destacan en consecuencia las constancias puntuales de por los daños recibidos por la parte actora, las que resultan de la historia clínica de fs.479/516 del Hospital Regional de esta ciudad, con el ingreso del actor al nosocomio con politraumatismos por atropellamiento, hematoma parietal derecho, herida cortante labio inferior pérdida de conocimiento, resucitación, fractura inestable de pelvis, hematoma subdural y edema cerebral, vómitos amnesia de lo sucedido, cefaleas. A fs.500 se especifica fractura de pelvis ramas ilio pubiana e isquio pubiana, fractura de fémur izquierdo, lesión uretral con sangre en el meato urinario y a fs.501 informe de intervención quirúrgica para fijación externa de pelvis. A fs.516 consta Foja Quirúrgica por intervención por lesión uretral con fecha 30/6/2002 y a

fs.515 se informa nueva intervención con fecha 3/9/2007, uretroscopía mas talla vesical por disección.

El 7 de setiembre es derivado al Hospital Italiano.

A fs.645/676 obra la Historia Clícina del Hospital Italiano, con diagnóstico principal “disfunción eréctil” (fs.646). A fs.647 se informa en 22/7/2007 cirugía programada a paciente de 19 años, que luego de accidente evoluciona con disfunción eréctil de causa orgánica por lo que se decide colocar prótesis peneana autoexpandible, cuyo protocolo quirúrgico cumplido obra a fs.652. Se otorga el Alta en fecha 20/10/2007, con diagnóstica de Estenosis Uretral con plástica de uretra con injerto (fs.656). A fs.670/672 consta un seguimiento del sistema implantado e instrucciones al paciente, demostrativo de la complejidad del implante, secuelas por hematomas intraescrotal que diseca el espacio subcutáneo inguinal derecho, prótesis de cómo se activa y desactiva. En otros controles se anota: Fecha 12/3/2008: “Semana pasada sin sistema. DE desde el accidente. Le pedí un Rigiscam que muestra trazados de patología orgánica. Ha tomado iPDE5 sin buena respuesta. Hizo un ED con DVA que mostró escaso aporte arterial con 1/1 de respuesta clínica y gran dolor post inyección que motivó se quedara varias horas en el Hospital, que lo único que se le puede ofrecer al paciente es un IPP dada la mala respuesta a las DVA y el gran dolor que tuvo al emplearse dosis baja. Hago nota a Seros Chubut. Certificado de su situación eréctil. 22/2/2008. Evoluciones (Ambulatorio) Estenosis uretral (Activo). Orina muy bien. Pido control de los 4 meses. Respecto de la erecciones no las tiene desde el accidente. No respondió a sdf por lo que derivo al sector (Constancias precedentes de fs.671).

A fs.559/561 se produce la pericia psicológica de la perito P.L.L. donde señala que la disfunción sexual eréctil que sufre el damnificado resuelta a nivel funcional con una prótesis peneana, no subsana las secuelas psícológica y que el mismo dice en la entrevista en varias oportunidades del desarrollo de la entrevista, que: “Lo que me pasa no es normal”, lo que traduce una situación no resuelta, inscripto en una situación traumática que irrumpe sorpresivamente, que se manifiesta un cuerpo mutilados que sufrió un daño real, con recuentas de angustia, impotencia, frustración, cambios humarales (irritabilidad), con sentimientos depresivos e incluso ideas suicidas. Que paciente por su edad – 18 años al momento del

accidente – transitaba un ciclo de vida relevante para la subjetividad y antesala de la etapa posterior, la adultez, con actividad sexual plena en tanto mantenía un vínculo afectivo con su novia, relación afectiva y sexual que dejó de funcionar con el accidente, su imagen corporal se desmoronó y cambió asimismo en lo personal y en lo social; hay fallas en el deseo sexual y en la satisfacción sexual, diferente a los demás, debe estimularse en la zona para activar los mecanismos de erección, no existe naturalidad y el goce se interrumpe frente a lo mecánico; refiere además dudas del futuro sobre la capacidad de procrear, que la disfunción genera lesiones de orden psicológico, vergüenza, ensimismamiento, introversión, angustias, que se plasman en las relaciones con otros y consigo. Señala la familia como pilar fundamental para su recuperación y la etapa mas difícil es aceptar las limitaciones. En relación al acortamiento de una de sus piernas, genera un déficit que no puede disimular ni ocultar; la pérdida de la aptitud paras desarrollar la practica deportiva – boxeo – que había elegido y de la que esperaba grandes satisfacciones, como destacarse en esa área para conseguir rentabilidad y una profesión remunerada, la ve frustrada de manera total e irreversible. Concluye la pericia que el entrevistado debería asistir a un espacio terapéutico para poder tratar las secuelas psicológicas y evitar un mayor daño en detrimento de su salud mental.

A fs.575/580, se produce la pericia médica por el Dr. O.A.H.uego de señalar el perito los antecedentes del juicio, refiere el estado actual del actor al momento del examen, que éste manifiesta que cuando intenta realizar una actividad física de mediana exigencia, padece dolor en la zona lumbar, lo que se reitera cuando permanece cierto tiempo en una misma posición, incluso reposo. Señala que la causa más común de la disfunción eréctil es el daño a los nervios, arterias, músculos lisos y tejidos fibrosos, por una enfermedad o por un caso anormal como traumatismo, asimismo por causas combinadas, orgánicas, traumáticas y psicológicas. Al responder si el actor Paredes se encuentra en condiciones de procrear, informa que el paciente ha sido sometido a intensivos tratamientos a los fines de obtener su recuperación eréctil normal, con resultados infructuosos; que: “La aseveración de que no puede procrear actualmente es de carácter absoluto. Siempre que la referencia se encuadre dentro de los parámetros normales y convencionales, es decir; a través del coito”. Sin perjuicio de lo expuesto señala

que la imposibilidad de depositar semen en la vagina de una mujer, puede obtenerse por inseminación artificial, porque el hombre con disfunción eréctil no es necesariamente estéril. Que deben realizarse estudios previos que contemplen evaluaciones tanto físicas como psiquiátricas. Respondiendo a otros puntos concluye que la disfunción eréctil del paciente de autos, antecedentes de la causa y estudios efectuados obedece exclusivamente a origen traumático; que actualmente no existen otros medios para superar la disfunción que los practicados al paciente, las que a la fecha han tenido resultado infructuoso. Explica la técnica del implante peneano practicado al actor, en resumen, dos pequeñas cámaras, una en la zona abdominal y otra en la base del escroto, la primera conteniendo una solución salina, que por frotamiento la bombea, a la base del pene llenando la otra cámara y hacia el tercer componen, el pene (cilindro hueco inflable de siliconas o poliuretano). Informa por otra parte el perito que el paciente manifiesta que puede lograr materialmente la erección del sistema, pero no puede informar su regularidad, ya que perdió a su novia y las ocasionales relaciones no le permiten opinión sobre la regularidad. Descarta “desde el vamos”, que las condiciones no son las mismas que una relación normal, dado que la forma de poner en funcionamiento la prótesis requiere una práctica y una destreza que distan de ser “normales” o “agradables”.

Informa que el actor presente el miembro inferior izquierdo 6 mmm mas largo que su contralateral a consecuencia del accidente padecido, que solo puede ser superado con implantes mecánicos (estudio ortopédico, plantillas suplementarias). Respecto a la incapacidad laboral, que no la presenta en forma absoluta, siempre que el tipo de exigencias no requiera exigencias de destreza física. Que la realización de deportes se vería seriamente afectada, por la diferencia de los miembros inferiores, que requieren esfuerzo y precesión en deportes de alto rendimiento, como el boxeo. Las conclusiones del experto lucen a fs.579vta./580, que la disfunción eréctil es permanente, que se encuentra alterada la sexualidad plena, existe incapacidad de procrear por medio natural, la afectación del miembro afecta la posibilidad de desarrollar una actividad regular (boxeo); que la experiencia profesional le permite afirmar que una persona de las características de paciente bajo examen, resulta sumamente comprometida por su corta edad y su

expectativa de relación de pareja y procreación; que la disfunción, suplida con las limitaciones que ello implica, ha sido satisfactoria, pero aclara que lleva dos años con la prótesis, su utilización es espaciada por lo que no se puede emitir dictamen contundente, si requerirá reemplazo, nuevas intervenciones o por patología asociada será necesario extraerla en forma temporal o permanente; que en una persona joven sus requerimientos son imponderables.

Las pericias aludidas precedentemente no fueron incontestadas por las partes, habiéndose corrido el traslado respectivo.

Hay motivos por lo expuesto para afirmar la existencia de una incapacidad sobreviniente que no depende exclusivamente de una actividad deportiva del actor.

Reiteradamente ha establecido la jurisprudencia, que la incapacidad sobreviniente no tiene por finalidad cubrir solo las limitaciones de orden valorativo, sino también la proyección que tiene a todas las esferas de la personalidad, la disminución de la seguridad, la reducción de la capacidad vital, el empobrecimiento de las perspectivas futuras. Por otra parte, que es cierto que la edad de la víctima, sus expectativas de vida, así como el porcentaje de incapacidad, constituyen elementos referenciales del resarcimiento que pudiera establecerse, pero en todo caso se debe un criterio flexible y apropiado a las circunstancias y no ceñirse a cálculos basados en fórmulas matemáticas o porcentuales rígidos, ya que el juzgador tiene en esta materia de un margen de valoración amplio (Conf.C.Nac.Civ.Sala F., dic.12/2000 – González, Roberto Hugo c. Asociación del Fútbol Argentino (AFA) s/daños y perjuicios", en E.D.193-144).

Entonces, la discapacidad por daño sexual que conlleva la parte actora, con afectación de cualquiera de las expectativas de vida señaladas precedentemente - con las implicancias que no han de reiterarse porque resultan con precisión evaluadas por mi colega preopinante – constituyen un daño permanente a la salud y a la integridad corporal y va mas allá que la indeterminación del perito médico del porcentual de incapacidad laborativa, por quedar sujeta a la valoración del Juzgador conforme a las particulares circunstancias del caso.

Enseñan los autores Cazeaux-Trigo Represas (Derecho de las Obligaciones, T.III, pág.122, E.Platense año 1970), que la jurisprudencia más moderna se inclina

por considerar que la integridad física de los individuos tiene de por sí un valor apreciable en dinero, por lo que el daño real causado a una persona se estima indemnizable con prescindencia de que ésta ejercite o no alguna actividad lucrativa. Ello importa el ajuste al principio de la reparación plena prevista en los arts.1068 y 1069 C.C.

Es cierto que el Juez de la sentencia considera escasa la prueba en cuanto que la actora era principiante en la actividad boxística (la testigo E. N.H.a fs.471/471vta., responde que un camión le paso por encima en el Gimnasio Nº 2, el estaba entrenando -3ra.- que P.practicaba el deporte de boxeo, estaba entrenando porque iba a debutar como boxeador, iba a ser su primer boxeo -6ta.y 7ma.; C.A.M. técnico de boxeo, tenía esperanzas en él porque andaba bien y era disciplinado), – pero asimismo abarca la mensura del daño con mayor amplitud (fs.719vta.), cuando establece que los demandados son deudores del "opacamiento y marchitaje de las potencialidades, fuerzas y aptitudes" de todo otro tipo de actividades de esfuerzos similares por lesiones permanentes e irreversible del actor y señala, acortamiento del miembro inferior izquierdo y disfunción eréctil peneana.

La magnitud del daño se encuentra en consecuencia entendida con ajuste a la amplitud con que se expone en el presente acuerdo. Es incapacidad sobreviniente a título de pérdida de chance, porque el actor con 18 años al momento del accidente, ve frustradas para toda la vida de sus posibilidades esenciales de realización en plenitud sexual y afectiva (pericias psicológica y médica no observadas; testimonial de C.P.O. de 19 años y ex novia del actor), de participación en actividades deportivas y de concreción en igualdad de condiciones, de relaciones sociales y de proyectos presentes y futuros para el sostenimiento de vida y subsistencia. Se confirma en consecuencia el rubro Privación de chances futuras por la suma de $ 500.000.

Daño Moral.

Los antecedentes que se explicitan en el presente voto por los daños que han agraviado la integridad física del actor, los congruentes fundamentos del fallo que por los mismos antecedentes, establece que el daño moral tiene su presupuesto en la acción antijurídica y titularidad del accionante por lo que se tiene por probado

por si mismo, carecen de controversia de la recurrente. Tampoco controvierte otros fundamentos del mismo, que la víctima soportó las intervenciones quirúrgicas por las lesiones causadas y para restablecer funciones orgánicas, óseas y por la disfunción eréctil.

La recurrente equivoca la argumentación minimizando la entidad de los daños (supuesto resultado satisfactorio de la función sustituta del implante peneado; supuesta posibilidad de tener deseo sexual y de ayacular del actor, en la pericia médica a que se alude no se expide concretamente sobre tales puntos respecto al actor; referencias a la incapacidad por cuadriplejía), sin controvertir la naturaleza del daño moral declarada por la sentencia, ni tampoco otros sustentos del Juez, las intervenciones quirúrgicas soportadas por la actora destinadas a restablecer las funciones dañadas y a los padecimientos físicos y psíquicos declarados sobre el punto.

A la excelente definición del sentenciante sobre el punto, la frustración a tener "con plenitud natural la conformación antropológica de la especie, de la actividad sexual placentera y reproductora sin aditamentos de prótesis mecánicas", le contrapone la recurrente el argumento que la prótesis mecánica alcanza "resultado satisfactorio", sin negar que no resulte frustratorio la imposibilidad de mantener la víctima una relación sexual natural normal.

Es evidente el agravio a la sana crítica y menos, acudiendo a la declaración de C. P. O., que claramente señala – además de demostrar el desequilibrio psíquico del actor – que el mismo depende de la prótesis para poder tener relaciones, que en tales condiciones no era lo mismo, que se toma un tiempo para prender "eso"; no es común estar esperando un tiempo para prender "eso".

La conclusión se impone, la impugnante falta a la sana crítica y la expresión del Juez carece de toda mella.

Dada la ya señalada juventud del actor, son muchos los años que deberá sobrellevar la discapacidad sexual, con la comprensión en el mejor de los casos como la que le brindaba la testigo O., ex novia del actor. Adviértase todas las connotaciones psíquicas brindadas en la pericia de fs.559/561vta. y su avizoramiento que será necesario un tratamiento para tratar las secuelas psicológicas. Concordantemente el perito médico define, no hay dictamen

contundente y definitivo (fs.580), si en el futuro el implante en cuestión requerirá reemplazo, nuevas intervenciones, o patologías asociadas y necesariedad de extracción en forma temporal o permanente. Se está hablando de una persona joven, dice el perito, “con toda una vida sexual por delante, cuyos requerimientos son imponderables”.

Por lo expuesto debe rechazarse el agravio y confirmarse la indemnización establecida por daño moral.

La apelación de honorarios por altos formulada a fs. 732/732vta., 733/734, 735/736, 737/737vta., 738/738vta., se contraponen a las previsiones de la ley en su art.6 y 6bis., que si bien ha introducido la unidad de medida arancelaria, lo es sin perjuicio del sistema porcentual establecido en la Ley XIII Nº 4 del Digesto Jurídico, con lo que al resultar cristalizados, se contraponen a las escalas porcentuales previstas.

Por lo demás, en efecto, corresponde en su caso la aplicación de la norma arancelaria citada (art.10), por lo que conforme se vota en el presente acuerdo, se ajustan a derecho los porcentuales propuestos por mi colega de primer voto, por los trabajos profesionales y su resultado (normas citadas concords. arts.5, 6 , 8.

Asimismo, en función de la apelación de los honorarios del perito médico y de la perito psicóloga, corresponde reducir los regulados al primero a la suma de $ 50.000, pero confirmarse los de la segunda por ajustarse a las pautas del art.60 en función del art.5 Ley XIII Nº 4 del Digesto Jurídico.

En razón del resultado de los recursos, la naturaleza del reclamo, las costas de la Alzada corresponden a las codemandadas (art.69 Ley XIII Nº 5 del Digesto Jurídico). Por lo que atento a las normas arancelarias citadas y lo previsto en el art.13 del cuerpo normativo, la propuesta porcentual que me precede en este acuerdo asimismo corresponde.

A la segunda cuestión el Dr. Fernando Nahuelanca, dijo:

Atento se votan las cuestiones planteadas, corresponde el pronunciamiento propuesta por la Dra. Silvia Noemí Alonso.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Julio Antonio Alexandre no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

S E N T E N C I A:

1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por los codemandados a fs. 729, 731 y 736 y la citada en garantía a fs. 730 contra la sentencia de primera instancia obrante a fs. 702/722.

2. Hacer lugar a las impugnaciones interpuestas a fs. 732/732 vta., 733/734; 735/736; 737/737 vta., 738/738 vta., y en consecuencia revocar las regulaciones de honorarios contenidas en el punto de la sentencia obrante a fs. 702/722.

3. Regular los honorarios de primera instancia de los letrados apoderados de la parte actora en un 20% del monto del proceso. Los correspondientes al Dr. N. D. en un 3.5% del monto del proceso; los correspondientes al Dr. C. T. por su actuación en representación de S. C. SRL en un 3,5%; por su actuación en representación de C. A. P. en un 3,5% y por su actuación en representación de E. C. y la F. P. de S. S.A. en un 7%. Los correspondientes al perito médico deben ser revisados porque una pauta esencial a tener en cuenta es la extensión de los trabajos; consecuentemente corresponde su modificación y razonable regulación conforme a las tareas efectivamente desempeñada en la suma de pesos cincuenta mil. Los de la perito sicóloga deben ser confirmados porque respetan la pauta anteriormente descripta; los argumentos relativos a la oposición a al prueba si bien fue tenido en cuenta al momentos de proveer, atento las circunstancias propias de la lesión sufrida deben ser desechados.

4. Costas de esta instancia a los demandados y las citada en garantía.

5. Regular los honorarios de esta instancia del a favor de los Dres. G. M. y J. G. H., en forma conjunta, en el 30% de los que le correspondan en la instancia de grado y a favor del Dr. C. T. en el 25% de los que le correspondan en la primera instancia. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

6. Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2012

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"