En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de octubre del año dos mil trece, 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 del Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"A., N. E. c/S. A. I. Y E. D. L. P. S/SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. 299 año 2013,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro.2 (expte. nro. 301/2008), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 479), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Julio Antonio Alexandre, Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 421/425 y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

1. El fallo apelado.

El juez de grado hizo lugar a la demanda entablada por la Sra. N. E. A. contra S. A. I. y E. d. l. P., y condeno a esta última a abonarle a la primera la suma de pesos noventa y siete mil quinientos ($ 97.500), en concepto de incapacidad sobreviniente, daño moral, psíquico, estético y gastos médicos futuros, con más los intereses. Hizo extensiva la condena a la aseguradora

M. A. S. S.A.; impuso las costas del juicio y reguló los honorarios.

2. Los recursos. Sus fundamentos.

La parte demandada y la citada en garantía interpusieron sendos recursos de apelación a fs. 432 y 428; los que fueron fundados a fs. 463/466 y 468/471 y contestados los agravios a fs.473/476.

Ambos recurrentes consienten la atribución de responsabilidad e impugnan la procedencia de alguno de los rubros y la cuantificación de todas las partidas; de modo que queda habilitado el tratamiento conjunto de las cuestiones sometidas a revisión.

3. La suficiencia técnica de los recursos.

Previo a toda consideración, corresponde pronunciarse sobre la admisibilidad de los agravios desde que la parte actora ha planteado la insuficiencia técnica de los recursos.

El criterio amplio de admisión que impera en la materia impide el acogimiento de esta pretensión. Corresponde, incluso, tener presente que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia ha sostenido que cuando existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga técnica que le impone el ritual debe optarse por tenerla por satisfecha (cfr. autos “González vda. de Fernández, Encarnación” del 31-05-99; idéntico sentido autos “T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular” del 22-03-00 Nro. SAIJ00150014 y “P., R. c/ M. s/ diferencias salariales” del 23-03-01 SAIJ01150056).

Agrego, además, que la Sala que integro inveteradamente ha adoptado el mentado criterio porque

es el que mejor armoniza con el ejercicio irrestricto del derecho de defensa tutelado por las normas preeminentes de nuestro ordenamiento.

Por lo expuesto, he de adentrarme en el tratamiento de los agravios.

4. Tratamiento de los agravios.

- *La incapacidad sobreviniente*.

Previo a toda consideración, he de recordar que en diversos pronunciamientos en los que se discutieron cuestiones inherentes a los montos de las indemnizaciones por daños en la salud de las personas he destacado la superación del criterio que circunscribe la reparación de estos exclusivamente, al desempeño laboral de la víctima. Por supuesto, estamos ante supuesto de amplitud mayor; el bien jurídico tutelado es el derecho a la salud y por lo tanto se debe contemplar la persona humana en una forma integral. En tal orden de ideas tiene dicho el máximo tribunal de la Nación 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).

Descripta la premisa fundante del pronunciamiento, entiendo que corresponde destacar que los argumentos esgrimidos por ambos apelantes son sumamente genéricos y carecen de aptitud para demostrar el apartamiento de

los hechos probados de la causa y el exceso que se pretende.

La citada en garantía reconoce que las lesiones físicas deben indemnizarse pero sujeta el resarcimiento a la existencia de secuelas que incidan y afecten a la victima.

Mas allá de la restricción que importa tal concepto, es dable señalar que en el caso concreto tales secuelas y limitaciones han sido puntualmente demostradas.

En efecto, las pruebas técnicas –fs. 313/314 y 354/358- han demostrado en forma precisa como la lesión (fractura por pronación abducción y rotación externa, traducido radiológicamente al de ruptura del ligamento deltoideo, ruptura de los ligamentos tibioperoneo anterior y posterior, fractura oblicua corta del extremo distal del peroné a nivel de la articulación del tobillo y fractura del maléolo posterior ... maléolo posterior) – fs. 355- ha dejado importantes secuelas físicas (artrosis secundaria a una alteración de la congruencia articular, trombosis venosa por disminución de la movilidad, dolor crónico, edema crónico, claudicación de la marcha) -fs. 356- y sicológicas (trastornos del animo mixto, animo depresivo moderado y ansiedad leve) –pericia de fs.313/314.

La impugnación a la pericial médica que arguye la citada en garantía no ha sido concretada.

El recurrente, a fs. 362, presentó un escrito titulado “Impugna pericia y solicita explicaciones”, –fs.363- ; a fs. 370 aclaró que se trataba de un pedido de explicaciones respecto de los puntos que expresa y

claramente se detallaban. Por tal razón el juzgado fijó un plazo de diez días para que la perita brinde las explicaciones solicitadas y ordenó la notificación personal o por cédula. Esta notificación nunca fue instada y posteriormente, a fs. 415 se ordenó la clausura del período probatorio con los efectos procesales que tal decisión debidamente notificada a la citada en garantía –fs. 416/ genera en el orden procedimental.

En este contexto procesal, es claro que el dictamen pericial tiene indubitable fuerza probatoria ya que la actividad de la citada en garantía no ha tenido eficacia alguna para enervarla, conforme lo detallado.

Insisto, este trascendental parámetro no ha sido conmovido y respecto a los restantes adoptados por el magistrado para estimar y tasar esta partida no hay observación alguna.

El argumento de la demandada acerca de la demasía otorgada por el juez de grado, en función del monto reclamado tampoco puede prosperar porque la indicación del monto de la demanda fue provisional y su exacto alcance se supeditó a las resultas de las pruebas e incluso al arbitrio judicial (fs. 44, primer párrafo).

En efecto, el carácter provisional que la actora otorgó a los montos reclamados surge indubitable de las consideraciones efectuadas en la totalidad del capítulo VI del escrito de demandada –fs. 42/46 y vta.-. A modo de ejemplo transcribo literalmente: el cierre del proemio del mentado capítulo: “Tarifaré cada

aspecto...estando a lo que en más o en menos se derive de la prueba a rendirse en autos" –fs. 42 vta. -.

En definitiva, la técnica utilizada en la demanda autorizó al juez a condenar a una suma superior a la demandada sin infracción al principio de congruencia.

Por lo demás esa cuantificación se sustentó en la determinación de una incapacidad mayor a la tenida en cuenta al momento de promover la demanda y tal extremo resultó de la prueba rendida en autos.

Con base en los motivos reseñados propongo el rechazo de este agravio común a ambos recurrentes.

- *El daño moral.*

En anteriores pronunciamientos he señalado que el daño moral ha sido definido como el menoscabo en los sentimientos, consistente en los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser consecuencia del hecho perjudicial (conf. Llambías, J.J., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", t.I, p. 297/298, N° 43).

Tal concepto es el que sustenta la procedencia del daño moral, en el caso que nos ocupa, ya que se han acreditado todos y cada uno de los extremos que autorizan a tenerlo por configurado. Repárese que la psicóloga designada como perita de oficio ha sostenido: "los factores que la afectaron en mayor medida son la inmovilidad, el dolor, la incomodidad física, en principio post quirúrgicamente se vio afectado en su autonomía y posteriormente en secuelas como aumento excesivo de pesos por inactividad, acompañado de ánimo depresivo moderado".

En este contexto, la estimación efectuada por el juez no ha sido puesta en crisis y tampoco su estimación en tanto la suma otorgada no es revisable por demasía y, no ha sido apelada por exigua.

- *El daño estético*

La queja respecto a la improcedencia de la partida por daño estético tiene andamiaje suficiente para fundar un pronunciamiento distinto. En efecto, venimos sosteniendo con base en la doctrina sentada por el Superior Tribunal de Justicia que la lesión estética, no es resarcible autónomamente porque no constituye un tercer género independiente de la clásica calificación de daño patrimonial y extrapatrimonial.

Por supuesto, tal concepto no implica la falta de valoración de dicho daño sino que sólo será tasado en la medida en que genere la pérdida o frustración de ganancias y/o cuando constituya un factor que intensifica el daño moral padecido por la víctima.

Por lo demás en autos, la incidencia de la lesión estética en forma indistinta y aun simultánea tanto en uno como en otro de esos dos ámbitos ha sido debidamente ponderada por el juez de grado; de modo tal que no corresponde el otorgamiento de una suma autónoma por esta partida.

Por las razones dadas corresponde detraer de la suma otorgada en concepto indemnizatorio la cantidad de pesos siete mil quinientos.

-Los gastos médicos futuros.

La procedencia de este rubro ha sido cuestionada con argumentos dogmáticos; repárese que la perita médica ha señalado con precisión la necesidad de tratamiento

médico futuro, individualizando en que consistían(tratamiento quirúrgico para la extracción del material de osteosíntesis y médico para la artrosis y osteoporosis).

En consecuencia no estamos ante un daño conjetural sino concreto. Además la tasación efectuada por el juez de grado es razonable en función del costo de las prestaciones por internaciones ya cumplidas que fueron facturadas por la Clínica en la suma de pesos treinta y siete mil seiscientos setenta y uno con 21/100, en el año 2007 –fs. 233-.

Por las razones expuestas, se rechaza este agravio.

3. Costas y honorarios.

La modificación del monto de condena que he propuesto carece de entidad para generar un cambio en la imposición de costas pero sí tienen entidad para motivar el reajuste de los honorarios fijados en la instancia de grado.

En función de lo expuesto, se revocan los honorarios regulados los que se fijan en porcentuales conforme la expresa previsión del art. 46 de la ley arancelaria. Con base en tal previsión y las de los artículos 5 a 8, 36, 38 y concordantes del régimen citado, regulo los honorarios profesionales del Dr. C. I. J. por su actuación en ambas etapas, en el 20% del monto del proceso los de la Dra. C. A. S., en el 14%; los de los Dres. N. A. C., P. D. P. y C. M. Z., conjuntamente, por su actuación en ambas etapas, en el 14%; los de la Perito Médica Dra. M. F. G., en el 3%

del monto del proceso y los de la Perito Psicóloga Lic. S. M., en el 2% del monto del proceso.

Las costas de esta instancia se imponen a los demandados vencidos por aplicación del principio objetivo de la derrota que no sufre desmedro por la modificación parcial pero mínima obtenida.

Los honorarios de esta instancia se regularán conforme las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de las escalas específicas del artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de ello, se fijan a favor del Dr. C. I. J. en el 30% de los determinados en la anterior instancia; los correspondientes a la Dra. C. A. S. en el 25% de los obtenidos en esa instancia y los correspondientes al Dr. C. M. Z. en el 25% calculado, también, sobre los determinados en la anterior instancia.

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

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

1º) Hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación interpuestos por la demandada y la citada en garantía.

2º) Revocar parcialmente el punto 1º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia de fs. 421/425, únicamente en cuanto al monto de condena el que se fija en la suma de pesos noventa mil.

3º) Costas de esta instancia a la demandada y la citada en garantía.

4º) Regular los honorarios del modo propuesto.

5º) De forma.

A la primera cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que tal como informa mi colega preopinante, la sentencia condenatoria de fs. 421/425 es apelada por la demandada y su citada en garantía quienes formulan su queja a fs. 468/471vta y fs. 463/466 respectivamente y les es contestada por la accionante a fs. 468/471, sosteniendo el fallo.

Quien me precede en el sorteo también se expide en cuanto a la admisibilidad formal de aquellas presentaciones haciendo valer la doctrina que sustenta invariablemente esta Sala, en cuanto a la máxima tolerancia los fines de preservar el derecho de defensa por las graves consecuencias que prevé la norma en caso de insuficiencia, que aún en caso de duda se propicia mantener abierta la instancia (ver v. gr. CSJN, Fallos 306:474).

Así y sin necesidad de volver sobre las alegaciones vertidas por los recurrentes, ya reseñadas en el voto anterior, corresponde dar tratamiento a cada una de las cuestiones que mantienen trabada la litis y manteniendo el orden propuesto en aquel.

Previo advertiré en cuanto a la expresión de ingrata sorpresa que manifiesta la demandada a fs. 469 insinuando incongruencia por resolver en exceso de lo peticionado, cuando a fs. 43vta. de la demanda se formula reserva expresa que la suma estimada es provisoria y dependerá de lo que en mas o en menos resulte de lasa probanzas de autos y en otros párrafos también refiere al a la provisoriedad de lo reclamando ya que dependerá de la postura doctrinaria cuantitativa que adopte el sentenciante(fs. 42, 2° párr.).

En el sentido expuesto precedentemente recuerdo lo dicho por Marcelo Sebastián Midón en su trabajo "La congruencia recursiva. El adagio "Tantum devolutum quantum appellatum". Principios y excepciones" publicado en "Principios Procesales" obra dirigida por Jorge W. Peyrano de ed. Rubinzal Culzoni 2011, t. I, pág. 295 y ss. señalando que en la jurisprudencia de la CSJN sigue teniendo vigencia la tesis en cuya virtud "la condena judicial no quebranta los términos de la litis, ni decide ultra petita aun cuando exceda el importe indicado en la demanda, si los actores estimaron determinada suma al demandar, pero supeditándola 'a lo que en más o en menos resulte de la prueba', pues los jueces pueden válidamente acordar una cantidad mayor con fundamentos –precisamente- en la prueba rendida"(CS 17/11/94 LL 1995-D, 971, doctrina que se originó en la causa "Pribluda de Hurevich, Beatríz c/ Hernández, Martín G." Fallos 266:233 de 30/11/66).

No se aprecia justificación alguna en la primera queja de la Citada en Garantía respecto de las formulaciones expuestas por el iudex a quo en sus seis primeras consideraciones, mediante las cuales da las razones de la aplicación del régimen de responsabilidad aplicable al caso, de conformidad a la prueba adquirida de los hechos alegados y la pasividad procesal de la demandada durante el transcurso del proceso impidiéndole hacer valer alguna de las eximentes previstas en la ley, como para que ahora de manera absolutamente extemporánea pueda volver sobre la relación casual o poner en duda alguno de los extremos que permiten la configuración de tal atribución. Todo sin perjuicio del derecho a cuestionar los montos

fijados y en la medida que resulten certeramente criticados.

En cuanto al punto, el fallo toma como base preferente la pericia médica (fs. 423vta.) y tomando en consideración los datos que emergen de la causa en cuanto al grado de incapacidad detectado; demás datos personales y toda otra pauta sugerida por doctrina y jurisprudencia que esta Sala comparte, fija el monto por incapacidad sobreviniente.

Ahora bien la recurrente vuelve sobre la impugnación y explicaciones requeridas al profesional que elaboró la experticia de fs. 354/358 y que luce a fs. 362/362vta. no ignorando que tal posibilidad de minimizar su incidencia probatoria se frustro por negligencia de la quejosa, tal como surge de autos y da cuenta mi colega preopinante.

Como tampoco debe olvidarse que los informes periciales o técnicos no tienen carácter vinculante para el juez. Sin embargo éste, para apartarse de sus conclusiones, debe encontrar apoyo en razones serias, objetivamente demostradas o que se infieran de las circunstancias del caso de acuerdo a los hechos comprobados de la causa reveladores de que tales informes se hallan reñidos con principios lógicos o máximas de la experiencia o contradicen el restante material probatorio objetivamente considerado (ver v. gr. Palacio “Derecho Porcesal Civil” t. IV, pág. 720 entre otros y v. gr. CNCom., sala A, 27/12/20000 en JA 2002-III-225, entre muchos). En tal sentido no existe reproche posible ni critica acogiole ante la decisión debidamente fundada del a quo tronando inaudible toda queja en cuanto al rubro.

No cabe duda que habiendo mediado lesiones a la

integridad física de la actora, nos encontramos frente a un clásico supuesto en que la procedencia del daño moral surge in re ipsa (conf. C.N.Civ., en causa "Valdez, José M. v. Miño, Luis A. s/ daños y perjuicios" del 11/3/2010 entre muchos otros).

Así lo que admite discusión es solo su ponderación cuantitativa y en el caso en uso de las atribuciones que se señalan en el últ. párr. del punto 7.2 de los considerandos.

Se ha dicho que tal previsión (art. 167 CPr./DJ) coloca a los jueces en una posición dificultosa, pues la determinación de un monto sin prueba cierta será necesariamente discrecional y hasta podrá llagar a ser criticada como arbitraria, de alli que en tales casos el juez deba actuar con suma prudencia para no convertir la indemnización en lucro (ver v. gr. “Código procesal Civil y Comercial de la Nación” dirigido por Higthon-Areán, ed. Hammurabi 2005, t. 3, pág. 504 ap. B.2). En el caso y en relación a los hechos probados ya pautas de referencia en cuanto al quebrantamiento espiritual de la victima debido al daño sufrido y tomando también en consideración la experiencia de estimaciones análogas, sin perder de vista la naturaleza del rubro y su autonomía en cuanto al daño patrimonial, no se advierte exceso ni defecto en la estimación ya que ha sido llevada a cabo con prudente discrecionalidad sin que la critica que se le formula tenga entidad suficiente como para enervarla.

Que ya he tenido oportunidad de señalar que el daño estético debe evaluarse como pauta de cuantificación de la incapacidad sobreviniente o del daño moral, pues el mismo carece de autonomía salvo que importe un cambio sustancial en la imagen de la persona

con consecuencias perjudiciales para su desarrollo en la vida de relación (ver v. gr. dentro de tal línea el fallo e la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H • 28/04/2003 • Fragoso, Sebastian c. Construred S.A. • DJ 04/02/2004, 215). En el caso, las razones expuestas en los considerandos del fallo a fs. 424, no alcanzan para configurar la situación de excepción señalada, de otro modo pecaría por lucro, pues la incomodidad señalada queda comprendida en el resarcimiento por el rubro anterior.

De ningún modo resulta admisible acoger una critica tardía sobre lo que se aconseja en una pericia que ha adquirido firmeza en cuanto a la consideración que le atribuye el fallo de allí que para que la reparación pueda ser considerada integral debe velar por la prevención de los acontecimiento futuros ciertos que sean consecuencia de los sufridos, de allí que no alcancen las alegaciones en cuanto a la innecesariedad de satisfacer los gastos médicos futuros y cuantificadas sobre base cierta.

La reducción del monto de la condena no tiene la significancia como para una readecuación en cuanto a la condena en costas de las demandadas en ambas instancia ero si en cuanto a la fijación de honorarios (art. 282 CPr./DJ), de allí que se debe diferir tal actividad al momento del acuerdo en el que se tendrán en cuanta las pautas arancelarias de la ley XIII, Nos. 4 y 15. Debiéndose tener presenta la reserva del llamado “caso federal” (fs. 471vta.).

A la segunda cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Habiendo concordado con el voto de la Dra. Alonso reitero su formula decisoria.

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

SENTENCIA

1º) Hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación interpuestos por la demandada y la citada en garantía.

2º) Revocar parcialmente el punto 1º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia de fs. 421/425, únicamente en cuanto al monto de condena el que se fija en la suma de pesos noventa mil.

3º) Costas de esta instancia a la demandada y la citada en garantía.

4º) Regular los honorarios profesionales del Dr. C. I. J. por su actuación en ambas etapas, en el 20% del monto del proceso los de la Dra. C. A. S., en el 14%; los de los Dres. N. A. C., P. D. P. y C. M. Z., conjuntamente, por su actuación en ambas etapas, en el 14%; los de la Perito Médica Dra. M. F. G., en el 3% del monto del proceso y los de la Perito Psicóloga Lic. S. M., en el 2% del monto del proceso.

Regular los honorarios profesionales del Dr. C. I. J., por su actuación en la Alzada, en el 30% de los determinados en la anterior instancia; los correspondientes a la Dra. C. A. S. en el 25% de los obtenidos en esa instancia y los correspondientes al Dr. C. M. Z. en el 25% calculado, también, sobre los determinados en la anterior instancia.

5º) Tener presente la reserva del caso Federal planteada a fojas 471 vta..

6º) Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2013

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"