En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de diciembre del año dos mil trece, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis VIVAS y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"S. M. L. c/ C. M. M. y/u otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 333 - Año 2012)**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTION:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Son justos los honorarios regulados a favor del letrado de la parte actora? **TERCERA CUESTION:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse conforme al orden de sorteo practicado a fs. 426.

**A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas dijo:

**1.**

La Sra. Jueza en lo Civil y Comercial de la otra instancia dictó sentencia a fs. 348/353, haciendo lugar parcialmente a la demanda entablada por M. L. S. contra M. M. C., J. C. y A. F. A. S.A. condenado a estos últimos y a la citada, en el límite de la cobertura, al pago de la suma de $ 32.000 en concepto de daño moral con más intereses.

En lo pertinente, para arribar a dicho pronunciamiento consideró que la pericial médica indicaba que, como consecuencia del accidente, el actor sufrió fractura de huesos propios de la nariz y tabique nasal, y al momento de la atención médica se le extrajo un cuerpo extraño de la herida, suturándolo. Indicó que no presentaba insuficiencia respiratoria nasal y se observaba una cicatriz hipercrómica en ala nasal izquierda y otra en la

parte inferior de la comisura labial. El tabique nasal se encontró ligeramente desviado hacia la izquierda. Estableció una incapacidad del 33,9 %.

Entendió que del referido informe pericial no se indicaba si la cicatriz y la mancha que quedaron como secuelas incidían en la realización de tareas productivas.

Consideró que la actora no probó que las cicatrices pudieran incidir en la generación de ingresos por parte del actor; como tampoco que el perito hubiera indicado que aquéllas pudieran disminuir su capacidad laboral, por lo que su reparación la incluiría dentro de la indemnización correspondiente al daño moral, por lo que no habiéndose acreditado la existencia de incapacidad derivada de las secuelas identificadas, desestimó el rubro.

Con respecto al rubro "gasto futuro" dijo que la pericia médica indicó que las lesiones padecidas por el actor "no son susceptibles de modificación" y "que los valores indicados son adecuados para corregir las lesiones estéticas que presenta el actor", sin agregar otro dato al respecto.

Estimó que cuando se reclama el valor de una intervención quirúrgica futura, la misma debe ser aconsejable desde lo estético y contar con perspectivas de eficacia, por lo que resultaba necesario que el médico que evaluó al paciente respaldara la conveniencia de la misma, lo que no ha sucedido en el caso de autos, debido a lo ambiguo de las expresiones del experto. Desestimó el rubro.

Impuso las costas a los codemandados vencidos en el porcentaje de responsabilidad admitido. Reguló honorarios profesionales.

**2.**

A fs. 356 apeló la sentencia la citada en garantía, expresando agravios a fs. 411/412.

A fs. 357/358 apela la sentencia la actora, expresando agravios a fs. 414/416, los que son contestados por la citada en garantía a fs. 418.

**3.**

**3.1.**

Se agravia la actora por considerar que el decisorio de autos ha desestimado el rubro indemnizatorio solicitado por "lesiones físicas".

Sostiene que si las partes no cuestionaron el informe médico ha sido porque las conclusiones periciales daban cuenta que las cicatrices que presenta el actor afectaban su incapacidad laborativa y civil.

Considera que la simple lectura de los baremos incapacitantes del Decreto 659/96, reglamentario de la LRT lo exime de mayores comentarios, señalando que la norma explica los porcentajes de incapacidades en los distintos sectores del rostro. Afirma que el hecho que el perito no eche mano a las tablas de incapacidades del "fuero civil" no significa que no sea receptado por los del "fuero laboral".

Afirma que no necesita probar que las cicatrices en el rostro provocan minoración en su capacidad laboral. Dice que las mismas inciden en las tareas habituales de atención al público, venta de productos y persuasión de clientela y muchas veces servirán de obstáculo para la selección de trabajadores, sobre todo en aquellos casos en los que se requiere "buena presencia".

Señala además que el criterio a seguir varía, según se trate de lesiones ocultas en el cuerpo por la vestimenta, o se encuentren expuestas, como en el rostro.

Asegura que no necesita probar el daño patrimonial o la afectación en la capacidad laboral; basta aplicar la ley, ella supone la afección. Considera que no debe probar haber sido rechazado de un trabajo por mala presencia, como que el sentenciante no debería tener apego tan restrictivo a la pérdida

de capacidad laborativa en el fuero civil, por lo que no debió desestimar el rubro atento la incapacidad fijada por el experto médico.

Solicita se eleve al doble la indemnización fijada, en función de la edad, el daño sufrido, la afectación de la salud y la incapacidad fijada por el perito médico, revocándose en consecuencia el decisorio en tal aspecto.

El decisorio, por su parte, ha sostenido que la actora no ha probado que las cicatrices verificadas en el rostro del actor puedan tener incidencia en la generación de ingresos, ni el perito ha indicado que tales cicatrices puedan disminuir su capacidad laboral, por lo que considera que no se probó la existencia de una incapacidad laborativa derivada de las secuelas en su rostro. Sin perjuicio de ello, incluyó la indemnización en el rubro "daño moral".

Los padres del menor, al promover su demanda, solicitaron la indemnización por "lesión física", denunciando la existencia de cicatrices en el rostro de su hijo de 12 años de edad, víctima de autos, manifestando que además tenía dificultades para respirar, solicitando que se tuviera en cuenta la edad del menor y la proyección de dicha incapacidad en su vida de relación hasta los 75 años.

Se ha sostenido que el perjuicio estético carece de autonomía resarcitoria, pues es una lesión de un interés de la víctima y, como tal, no constituye un daño, sino su causa generadora, en tanto puede desencadenar tanto el daño material como el moral ( cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, "Torres, Leandro Miguel c. Albertarrio, Enrique Amilcar y otros s/ daños y perjuicios", 03/06/2013, La Ley Online, AR/JUR/41859/2013).

Es necesario recordar que, para la comprensión del tema, es indispensable recurrir a una distinción: la lesión (en el caso, el detrimento estético) y sus consecuencias (patrimoniales o morales). Estas últimas son las que configuran, propiamente, el daño resarcible y sus especies.

Si bien el perjuicio indemnizable proviene de la lesión de un interés de la víctima, la lesión no es el daño sino su causa generadora. En otros términos, el llamado daño estético no constituye una "especie" de daño material o moral, sino que éstos son dos especies de daño desencadenados por la lesión estética (cfr. Zavala de González, Matilde, "Daños a las personas - integridad psicofísica", T° 2ª, Ed. Hammurabi, p. 165).

Por tales razones, la sentencia de autos ha estimado que dichas lesiones no tenían incidencia en su capacidad laboral y las incluyó dentro del daño moral. Ello así, pues a los fines de otorgar indemnización en el rubro por daño físico e incapacidad sobreviniente, se debe demostrar que la misma posee una concreta repercusión económica para poder considerarla en calidad de daño resarcible. De lo contrario se estaría incurriendo en la injusta solución de otorgar una doble indemnización.

Es el propio actor quien afirmó que el menor tenía dificultades para respirar por el tabique desviado, pese a lo cual, la pericia de autos concluyó que el menor no tenía tales dificultades (ver contestación al pto. c) de los puntos propuestos por la citada en garantía). Inclusive, señala la pericia que las limitaciones que le producen las lesiones están relacionadas al aspecto psicológico (ver contestación al pto. f) del cuestionario de la parte actora).

Descartada dicha disfunción atento las conclusiones periciales, resta por analizar si dicho menoscabo se ha traducido en daño patrimonial que incide en las posibilidades económicas presentes o futuras del damnificado.

Desde este ángulo, nada ha acreditado el apelante.

No debe olvidarse que el régimen probatorio vigente en nuestro ordenamiento jurídico positivo está regido por el art. 381, del CPCC, según el cual el que alega un hecho debe probarlo. Pese a que pueda llamar a asombro del recurrente, ese es el principio de *onus probandi* consagrado en nuestra ley adjetiva. De otro modo, convertiríamos a los procesos judiciales en un juego de conjeturas y ficciones.

La doctrina más calificada ha señalado, y es oportuno recordarlo didácticamente frente a los interrogantes que plantea el apelante, que “el daño no existe en el mundo del derecho sino cuando la sentencia acredita su existencia” (cfr. Vélez Mariconde, “Acción resarcitoria”, p. 36; Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños”, T° 3, Ed. Hammurabi, p. 177) y que “la deficiencia o no probanza del daño gravita en contra del damnificado sobre quien recaía dicha carga probatoria” (cfr. Tanzi, “Prueba del daño: relevancia de su acreditación”, LL – 1992-A-318).

Así pues, no procede condenar a resarcir un daño inexistente ni meramente posible, aunque tampoco sea exigible una seguridad completa sobre su producción. Lo primero entronizaría un enriquecimiento sin causa; lo segundo dejaría sin tutela indemnizatoria perjuicios suficientemente ciertos dentro de una orientación de probabilidad y verosimilitud (cfr. Zavala de González, op. cit, p. 177).

En síntesis, todo daño debe ser probado por quien lo alega, requisito que se torna esencial para obtener una condena indemnizatoria, pues un daño no probado no existe en el mundo del derecho.

En cuanto a la aplicación del Decreto 659/96 reglamentario de la ley 24.557 habrá de señalarse que no es aplicable al presente supuesto, sencillamente porque la víctima de autos es un menor que al momento del accidente contaba con 12 años de edad y no realizaba tareas laborales, por lo que no se encontraba en la órbita de su aplicación (art. 2). Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico es uno solo, no es menos cierto que los efectos que producen son distintos, en función de los que las distintas disciplinas jurídicas les adjudican.

Además, el hecho que el mencionado Decreto contemple incapacidades para los supuestos de desfiguración de rostro, ello no implica su aplicabilidad automática, ya que el requisito de la prueba, como quedara dicho, no puede ser soslayado (art. 381, del CPCC).

Por las razones expuestas, corresponde desestimar el agravio en análisis.

**3.2.**

Se agravia también el apelante por cuanto el decisorio desestimó el rubro "gasto futuro".

Estima que la sentencia no interpretó adecuadamente las pruebas documentales ni las conclusiones periciales. Señala que dos médicos estuvieron de acuerdo en que debía intervenirse quirúrgicamente al menor y que el perito de autos consideró adecuados los valores de la cirugía reparadora sugeridos por el Dr. M.

Claro está que a los fines de dirimir la admisibilidad o no de este rubro sólo habré de remitirme a la pericia médica, descartando los certificados agregados a fs. 19/21 por no contener ellos ningún valor probatorio.

Se ha decidido en un fallo de la Cámara Nacional en lo Civil (se trataba de prueba aportada por el actor) que "Con respecto a la prueba documental, el demandado tiene la carga de reconocer o negar categóricamente la autenticidad de lo que se le atribuye pues si guardase silencio, se manifestare con evasivas o ambiguamente se los tendrá lisa y llanamente por reconocidos" (cfr. esta Cámara, SDL 019/2012; Cámara Nacional en lo Civil, sala D, 30/06/1983, "Duarte, Rolando c. Cosmos, S. A").

Y si, como en el caso de autos, nos encontramos con documentación en la que el demandado no ha tenido participación alguna, se imponía la prueba de reconocimiento a través de los conductos probatorios que la ley procesal pone a disposición de las partes. Lejos de ello, la actora desistió de la prueba informativa del Dr. M. a fs. 322. En cuanto a la prueba de la autenticidad de la documentación atribuida a la Dra. S., la actora ni siquiera ofreció producirla. Es más. Frente al ofrecimiento de prueba testimonial de Solitario formulado por la demandada, fue la misma parte actora quien a fs. 290 solicitó su caducidad.

En la misma línea que lo señalado antes respecto a que no es admisible la superposición de rubros que tornarían injusta toda indemnización (ya no hablaríamos de reparación integral sino excesiva, y en consecuencia de enriquecimiento indebido), no cabe el resarcimiento que emana de la lesión hipotéticamente permanente y del representado por la futura corrección quirúrgica, toda vez que sea seguro o previsible que ésta pueda alcanzar un éxito total ( cfr. Zavala de González, Matilde, "Daños a las personas - integridad psicofísica", T° 2ª, Ed. Hammurabi, p. 174).

En cambio, no existe superposición de reclamaciones al concederse indemnización por la lesión estética y por la cirugía reparadora, cuando se ha valorado que esta última no devolvería a la víctima el estado que tenía antes del accidente (la excepción al principio enunciado) (Cfr. Zavala de González, op. cit., p. 174).

El decisorio, ciñéndose a las expresiones periciales -a las que considera poco claras en el aspecto en análisis- consideró que el experto se inclinó por la inconveniencia de la intervención quirúrgica.

Debo coincidir con la Sra. jueza *a quo* que las conclusiones periciales en cuanto a la conveniencia o no de llevar a cabo tal intervención no han sido precisas.

Por un lado, sostuvo que "*la posibilidad de un tratamiento quirúrgico no debe tenerse en cuenta porque no se puede garantizar la corrección de la cicatriz por medio de la IQ*"; por el otro, sostuvo que "*el resultado deseado sería la reparación de las lesiones estéticas*".

De un análisis de las conclusiones periciales, debe concluirse que el experto no descartó la práctica de la cirugía por considerarla nociva, riesgosa o peligrosa para la salud del menor de autos; descartó la intervención por no poder garantizarse la corrección de la cicatriz por medio de una intervención quirúrgica , es decir, la consideró innecesaria o inútil. Agregó luego que el resultado deseado sería la reparación de las lesiones estéticas,

entendiéndose que esto último no implica sino una expresión de deseos del experto médico. En la respuesta siguiente afirma que disminuiría la incapacidad, pero no puede evaluar científicamente algo que no existe (pto. f, cuestionario de la citada en garantía).

Claro está que toda referencia a los certificados médicos referidos anteriormente no han de ser tenidos en cuenta en razón de lo expresado anteriormente con respecto a su valor probatorio.

Sobre la fundabilidad de la reparación actual de un daño futuro como el que se estudia debe ser suficiente un juicio técnico, emanado de expertos sobre la necesidad o utilidad de la intervención para corregir las secuelas antiestéticas, sin que la víctima deba rendir cuenta del destino que a la postre destinará a esos fondos (cfr. Zavala de González, op. cit, p. 173), pero toda vez que el perito de autos ha entendido la innecesariedad o inutilidad de la intervención, sin que la actora hubiera observado esa afirmación, es que considero que el agravio resulta inadmisible y debe confirmarse el decisorio en este aspecto.

**4.**

Se agravian la demandada y citada en garantía por cuanto el decisorio les impuso las costas del proceso, solicitando sean distribuidas proporcionalmente.

En abono de su postura, sostienen que el reclamo del actor incluyó cuatro rubros de los cuales prosperó sólo uno de ellos.

Es criterio de esta Cámara (SDC 18/11; SDC 33/11, entre otras) que el principio general establecido en la norma del art. 69 del ritual impone el pago de los gastos de la parte contraria a quien resulte vencido en el juicio.

Esta modalidad es habitualmente conocida como “las costas del juicio se imponen aplicando el criterio objetivo de la derrota”.

Tan trascendente es el principio, que para que así ocurra no es necesario que la parte contraria, a quien deberá pagarse, lo solicite. Dicho de otro modo, la imposición de costas al vencido no requerirá de petición de su contraria, esto es, puede ser actuada aun de oficio.

Tratándose de una acción resarcitoria, la mera circunstancia de no haber prosperado íntegramente la pretensión no resulta óbice para eximir a la accionada y su citada en garantía de la carga de las costas, toda vez que los gastos causídicos conforman un daño que debe ser soportado por el responsable, aunque no procedan todos los conceptos reclamados (cfr. CNCiv, Sala B, 16/02/84).

En igual sentido, se ha señalado que, tratándose de una acción por resarcimiento de daños y perjuicios, las costas forman parte de la indemnización, aun cuando no prospere en su totalidad (CNCiv, Sala C, 15/08/83); y en las acciones por indemnización de daños, las costas, atendiendo su carácter resarcitorio, deben correr a cargo de la demandada, aun cuando la deudora fuere vencedora en la alzada (CNCiv, Sala G, 19/09/84; cit. por GOZAINI, O.A., "Costas Procesales", ed.1990, pág.344).

Lo que ocurre en estos casos es que el criterio se basa en que la condena en costas tiene condición resarcitoria, pues son los gastos necesarios a que se vio obligado el damnificado a satisfacer para obtener el cobro de su crédito, cuando en manos del deudor estaba evitarlo pagando a tiempo.

Es necesario evaluar aquí que los demandados asumieron en su momento la posición de solicitar -al contestar la demanda- el rechazo liso y llano de la acción, con imposición de costas. Por lo que aun cuando la demanda no ha prosperado lisa y llanamente en plenitud, si los demandados, en su hora, peticionaron el rechazo de la demanda sin reconvenir, no logrado ello, resulta indudablemente "vencida", debiendo cargar con el peso de las costas, habida cuenta, por lo además, que en las demandas por daños y perjuicios las costas forman parte integrante de la indemnización.

Tampoco habrá de admitirse argumentos tales como la proporción en que se admitieron unos rubros y se desestimaron otros.

Y ello es así porque la noción de vencido ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. Con tal base es notorio que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte defendida que negó toda reparación -como lo demuestra la necesidad del pleito-, pues aun si el pedido fue exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber los demandados pagado aquello procedente (conf. CNCom, sala D, 30/07/82, LL, 1982-D,465). Es decir, "hay vencimiento cuando la demanda prospera aunque sea en mínima parte" (SCBA, Ac. 48.321, 4/III/92), "como cuando se estima sólo algunos rubros de la pretensión" (SCBA, Ac. 45.648, 5/X/91; (MORELLO, SOSA, BERIZONCE, TESSONE, "Manual de Cód. Proc. Civ. Com. Pcia. Bs.As. y Nación", pág.170).

De lo hasta aquí expuesto y analizado, teniendo en cuenta las constancias de autos y la forma como la mayoría de la jurisprudencia viene resolviendo situaciones similares a la que aquí debo resolver, surge a todas luces la justicia de la resolución de la Inferior en este punto y la improcedencia del agravio del los demandados. De allí que corresponda confirmar la sentencia en este punto y rechazar el agravio analizado.

**5.**

Las costas y los honorarios de la presente Instancia deberán establecerse de acuerdo a los respectivos recursos interpuestos. Por tal razón, **por el recurso de la parte actora**, las costas deben serle impuestas a esa parte (art. 69, CPCC), y en atención al mérito, labor desarrollada y resultado obtenido, corresponde regular los honorarios profesionales del Dr. R. P., en el 25% de lo que le correspondiere al letrado de la parte actora interviniente en la Instancia anterior y de la Dra. M. A. V. en el 27% de lo que le

correspondiere en la Instancia anterior. Todo ello con más IVA si procediese (arts. 5, incs a), b) y c), 7, 9 y 13 y cc . de la ley arancelaria); **por el recurso de la demandada y citada en garantía**, las costas deben serle impuestas a esa parte (art. 69, del CPCC), y en atención al mérito, labor desarrollada y resultado obtenido, corresponde regular los honorarios de la Dra. M. A. V. en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior. Todo ello con más IVA si procediese (arts. 5, incs a), b) y c), 7, 9 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

Por tales razones, voto por la **AFIRMATIVA**

**A LA PRIMERA CUESTION**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

**1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios**

El Sr. Juez Dr. Mario Luis Vivas ha desarrollado al comenzar su voto los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis, como así también las quejas esgrimidas por los recurrentes como sustento del recurso que se les concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de los agravios expuestos por los apelantes.

**2 – Tratamiento de los agravios de la parte actora**

**2.1 – La lesión física**

Agravia al actor que la sentencia en crisis no haya admitido la indemnización por la lesión física reclamada al demandar. Afirma que no necesita probar que las cicatrices en el rostro le provocan una minoración de su capacidad laborativa, que debió tenerse en cuenta lo dispuesto por el Decreto 659/96 reglamentario de la L.R.T. y de allí que no sea necesario

probar la incapacidad laborativa porque ella está dispuesta por la Ley Laboral, no pudiendo el Juez apartarse de la misma.

Ante el tenor del agravio, es esencial remitirnos a las conclusiones del perito médico actuante en autos. El mismo -entre otros puntos- determinó que la lesiones sufridas por la víctima *"…tiene repercusión estética y profesional…"* (fs. 308 vta.); que *"…las limitaciones que le producen las lesiones que presenta el actor están relacionadas al aspecto psicológico…"* (fs. 309); y que *"…el actor no presenta dificultades para respirar…"* (fs. 309 vta.).

Avanzo en el análisis y constato los dichos de la demanda en lo que a los daños sufridos por la víctima se refiere. En ella y en el punto relativo a las *"Lesiones Físicas"*, los reclamantes dijeron: *"…las cicatrices en su rostro y las dificultades para respirar por el tabique desviado le provocan una incapacidad laborativa estimada en el 12%... También deberá tenerse en cuenta la edad al momento del accidente (12 años) y la proyección de dicha incapacidad en su vida de relación hasta los 75 años…"* (fs. 28 vta.). Esta es toda la descripción realizada al demandar sobre la incapacidad padecida por M. L. S. De los propios dichos de los demandantes surge con claridad que la *"incapacidad laborativa"* está provocada por *"las cicatrices en su rostro y las dificultades para respirar por el tabique desviado"*. Con lo cual y ateniéndonos a las reglas que impone la norma del art. 381 y concs. del ritual, la parte actora debió acreditar aquí esa circunstancia que no es, ni más ni menos, que acreditar el "daño" sufrido por la víctima en el accidente.

Conforme las conclusiones del experto médico que he transcripto supra y que no han sido atacadas por las partes durante el proceso, lo denunciado por los actores como "daño" al demandar no ha resultado acreditado. Es más, el dictamen médico es muy claro con respecto a que la víctima no tiene problemas para respirar y que las limitaciones que le produjeron las lesiones son psicológicas. O sea, las conclusiones del perito son exactamente

contrarias a las afirmaciones de los demandantes. Y ello ha sido correctamente evaluado por la Magistrada a quo.

El daño constituye uno de los presupuestos de la obligación de resarcir o de la responsabilidad jurídica. Pero el daño, para generar responsabilidad, debe haberse producido en razón de un acto antijurídico que, en su consideración objetiva, se atribuye a un sujeto sea a título de culpa u otro factor de atribución objetiva, mediando, además, una relación de causalidad adecuada entre el acto imputable y el daño.

Entre los requisitos esenciales del daño es que el mismo debe ser *cierto.* La certidumbre del daño se refiere a su existencia y no a su actualidad o su monto. La doctrina y la jurisprudencia traducen este requisito como *efectividad* del daño: el daño debe ser real y efectivo, no meramente conjetural o hipotético (conf. CNCom, Sala B, 11/6/79, ED 85-172; íd., íd., 14/12/76, ED 74-205; CNCiv, Sala D, 30/3/79, ED 83-473; íd., íd., Sala C, 15/9/77, ED 78-268; íd., Sala A, 18/11/57, LL 90-484). La certidumbre, aunque parezca una verdad de perogrullo, surge de la constatación fáctica del daño en relación con el hecho que lo causó (conf. ZANNONI, E.A., "El daño en la responsabilidad civil", pág. 25).

El daño es esencial extremo constitutivo de la acción resarcitoria, por lo que su demostración incumbe al actor.

Dentro de tal perspectiva, se ha señalado que "el daño no existe en el mundo del derecho sino cuando la sentencia acredita su existencia" (conf. VELEZ MARICONDE, "*Acción Resarcitoria*", pág. 36), y que "la deficiencia o no probanza del daño gravita en contra del damnificado sobre quien recaía dicha carga probatoria" (conf. TANZI, *"Prueba del daño: relevancia de su acreditación",* LL 1992-A-318).

Es que el derecho de daños debe desenvolverse con una visión realista, en su plataforma sustancial y en su realización procesal. Así pues, no procede condenar a resarcir un daño inexistente ni meramente posible, aunque

tampoco sea exigible una seguridad completa sobre su producción. Lo primero entronizaría un enriquecimiento sin causa; lo segundo dejaría sin tutela indemnizatoria perjuicios suficientemente ciertos dentro de una orientación de probabilidad y verosimilitud (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., *"Resarcimiento de Daños" N° 3*, pág.177).

La exigencia de prueba del daño ha sido reiteradamente enfatizada por la jurisprudencia: *"Todo daño debe ser probado por quien lo alega; es éste un requisito esencial para obtener una condena indemnizatoria, pues un daño improbado no existe para el derecho*" (CNCom., Sala C, 30/09/91, LL, 1992-A-44). *"El daño es un presupuesto de la responsabilidad civil, de modo que es irrelevante la existencia material del perjuicio si no se lo comprueba apropiadamente, pues un daño no probado no existe para el derecho; tan es así que, faltando la indispensable acreditación del daño, no puede suplirse la prueba de su entidad por la prudente estimación judicial*" (CNCom., Sala A, 15/03/90, LL, 1992-A-314).

Debe por lo tanto quedar en claro, para dar respuesta al agravio en tratamiento, que el daño es aquel cuya existencia se ha probado acabadamente, porque los que son hipotéticos o eventuales no son resarcibles; consecuencia de ello es que para el derecho la prueba del daño es esencial, puesto que no demostrado carece de existencia y dicha carga incumbe al damnificado que pretende hacer valer la responsabilidad del deudor. Ello es así porque la prueba del daño a cargo del damnificado se funda en que la indemnización no debe importar un lucro para quien la recibe y no puede acordarse sobre la base de simples conjeturas.

Con frecuencia, tal como aquí esgrime el quejoso, los abogados invocan el principio de "reparación integral" como morigerador de la carga probatoria del daño. Pero este principio sólo tiene operatividad lógica para el daño *probado* por el actor. En otros términos, la exigencia de plenitud resarcitoria no libera sino que, antes bien, requiere la necesidad de poner de relieve

cuál es el daño, como presupuesto de la consecuencia jurídica indemnizatoria. El daño debe ser acreditado no sólo a los efectos de la procedencia misma de la reparación, sino también para fijar su extensión y límites. Ello es así porque debe indemnizarse el daño causado, *todo* ese daño y *sólo* él. La indemnización no debe pecar *por defecto* (lo que empañaría la exigencia de plenitud que debe revestir), ni *por exceso* (porque, en la medida de éste, se configuraría un enriquecimiento injustificado en beneficio del actor) (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., ob. cit., pág.178).

La sentencia ha desestimado la indemnización de este rubro ante la carencia de prueba suficiente de parte del reclamante y comparto la decisión de la a quo.

Adviértase que la parte actora no ha aportado ninguna prueba al proceso ni elementos de juicio suficientes que permitan acreditar la existencia del daño cuya reparación pretende, existiendo en la causa una insuficiencia probatoria al respecto, cuya omisión gravita en perjuicio del reclamante (arg. art. 381 CPCC).

No dejo de lado que el quejoso pretende la aplicación al caso de lo dispuesto por el Decreto 659/96 y con ello -según su postura- es suficiente para admitir la indemnización por el daño en tratamiento. A ello respondo diciendo que no es así.

El referido decreto establece las Tablas de Evaluación de Incapacidades Laborales conforme la Ley 24.557 (L.R.T.), la víctima de autos tenía doce años de edad en el momento de sufrir el accidente que motivara este proceso y el mismo no está comprendido dentro de quienes están obligatoriamente incluidos en el ámbito de la L.R.T. conforme la norma del art. 2 de la misma. Por lo tanto, no hay mucho más que agregar para advertir que la postura de la queja tampoco es admisible en este punto.

En atención a lo expuesto y fundamentado, considero que el agravio debe ser rechazado. Así lo voto y propongo al Acuerdo.

**2.2 – <u>El gasto futuro</u>**

Agravia al recurrente el rechazo de la indemnización que reclamara por el "gasto futuro" por la realización de una cirugía reparadora a la víctima y afirma que la sentencia no interpretó adecuadamente las pruebas documentales ni las conclusiones periciales.

La prueba "documental" que refiere el agravio son los instrumentos presentados con la demanda y agregados a fs. 19/20/21 de autos. Estos certificados médicos son –obviamente- documentos privados emanados de terceros que no son parte en el juicio; por lo tanto, debieron ser ratificados por los firmantes mediante la prueba testimonial o de reconocimiento judicial. Ninguna probanza se produjo en el proceso en este sentido.

Sin perjuicio de lo expuesto, es para mí relevante para decidir la cuestión bajo análisis el "dictamen pericial médico" practicado en autos y que no ha sido observado por las partes.

El experto ha sido claro en su dictamen al decir: *"…La posibilidad de un tratamiento quirúrgico no debe tenerse en cuenta porque no se puede garantizar la corrección de la cicatriz por medio de la IQ… la desviación del tabique nasal y cicatrices en el rostro del menor… representan una* ***deformidad permanente del rostro****… **Permanencia:** las lesiones no son susceptibles de modificación…"* (fs. 308 vta.). Más adelante, cuando el perito responde sobre si el tratamiento propuesto por el Dr. M. y el precio de la práctica es adecuado al padecimiento del menor, dijo que *"…considera que los valores indicados son adecuados…"* (fs. 309), o sea, se refirió a los "valores" y no al "tratamiento". Observo que ninguna explicación o ampliación sobre esta respuesta le fue requerido al experto por la actora. Y al ser consultado sobre cuál sería el grado de incapacidad laboral que padecería el actor luego de una cirugía estética, respondió que disminuiría pero que no puede evaluar

científicamente *"…algo que no existe…"* (fs. 309 vta.). Tampoco aquí se le solicitó al experto ninguna aclaración o ampliación.

Ante las claras y terminantes conclusiones del experto médico actuante en autos, adelanto mi opinión en cuanto a que no advierto que existan razones fundadas que aconsejen dejar de lado sus conclusiones o apartarse de ellas. Nada se ha demostrado en autos que amerite tal determinación.

Ante la situación que aquí se ha presentado es para mí esencial tener en cuenta que lo que legitima (hace admisible) la prueba pericial es, en realidad, el hecho de que la apreciación de los hechos controvertidos requiera de conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (art. 461 CPCC). Eso basta.

En definitiva la prueba pericial tiende a legitimar la decisión jurisdiccional y a reforzar la confianza acerca de su certeza, e incluso permite a las partes actuar y contradecir durante el mecanismo de recepción de la prueba, lo que no podría hacerse en el caso del juez-perito. Aunque, la praxis nos impone reconocerlo, la real operatividad, utilidad y valía de la prueba pericial radican en el complemento del conocimiento del magistrado en saberes no jurídicos (conf. QUADRI, G.H., "La prueba en el proceso civil y comercial", Abeledo Perrot, ed. 2011, T. II, pág. 1266).

El Código procesal establece que la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez al tener en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 481 CPCC).

Valorar la prueba pericial significa verificar los juicios de hecho del experto mediante un análisis lógico-gnoseológico de ese fenómeno que se denomina "peritaje" y del seno del cual surgen los juicios que constituyen el dictamen, lo que en definitiva permite al juzgador expresarse sobre la

materia litigiosa, sin necesidad de hablar de temas que no conoce (conf. C.Civ.Com. La Matanza, Sala I, 16/03/04, AP 1/1001525).

Denti ha dicho que no se puede pedir al juzgador que posea una ciencia superior a la del perito, que le permita rehacer por su cuenta la valoración efectuada por él; pero se le debe pedir que controle el grado de aceptabilidad, según el conocimiento común, de los métodos científicos o bien la racionalidad del procedimiento seguido por el perito (conf. DENTI, V., *"Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador"*, Revista Iberoamericana de Derecho procesal, N° 2-3, Madrid, 1972).

Es totalmente cierto que el juez puede apartarse del dictamen pericial, pues –como es sabido—éste, en principio, no lo constriñe. Pero para apartarse de las conclusiones del experto existe un requisito insoslayable: expresar las razones (suficientes y objetivas) que tiene para ello, fruto de un análisis crítico, profundo y serio tanto de sus fundamentos como de sus conclusiones que desacredite, y así descalifique como tal, el peritaje realizado con base en otros elementos no menos convincentes. Ello así, pues debe evitarse que el apartamiento represente el ejercicio de su sola voluntad y trasunte un proceder arbitrario, caprichoso o infundado y una (indebida) sustitución del sistema de la sana crítica racional por el de la íntima convicción. Concretamente: la argumentación descalificatoria de las conclusiones periciales debe ser razonable y fundada. Así el juez no puede ignorar lisa y llanamente la opinión del facultativo, dejar de valorarla o apartarse del resultado de la pericia sobre la base de razonamientos subjetivos, que no consultan la realidad de las constancias de la causa y llevan ínsito un claro voluntarismo. Tampoco puede descartar las conclusiones periciales so pretexto de su propia falta de capacitación técnica para entenderla (cuando el método y las conclusiones se han expresado suficientemente), ni apartarse de ellas en virtud de acudir

solamente a sus conocimientos privados, técnicos o científicos, pues ello implicaría sustituir al perito en los conocimientos propios de la ciencia de que se trate y, al igual que no es lógico que el perito sustituya al juez, tampoco es dable que éste sustituya a aquél (conf. QUADRI, G.H., ob. cit., T. II, pág. 1357).

Se habla de dos presupuestos para aceptar la fuerza probatoria de la peritación: a) el presupuesto de que el perito no cae en error y b) el presupuesto de que no tiene intención de engañar (conf. Cám. 1ª. Civ. Com. La Plata, Sala 3ª., 11/08/92, Juba, Sum. B200841).

Es así que la CSJN ha señalado que en cuestiones de carácter predominantemente técnico no es admisible que el medio probatorio idóneo (la pericial) sea sustituido válidamente por otro (CSJN, 19/11/91, JA 1992-II-153).

A la luz de los principios hasta aquí analizados, considero que el dictamen pericial médico producido en autos está científicamente fundado y emana de un profesional con sólida versación en medicina, cuya objetividad, idoneidad e imparcialidad se encuentran garantizadas y sus conclusiones no han sido desvirtuadas científicamente durante el desarrollo del proceso (arg. art. 481 y concs. CPCC).

Es mi opinión que si el experto ha sido claro y terminante en cuanto a los puntos en cuestión que él ha vertido en su dictamen, no cuento como juez con elementos científicos probatorios y sólidos que no me permitan considerar válido ese dictamen. Nada se ha demostrado aquí acerca de que el perito haya incurrido en un  error o que existan probanzas científicas serias que demuestren que sus conclusiones son incorrectas o carentes de bases científico-técnicas; por lo tanto, corresponde otorgar pleno valor probatorio al mismo y avalar sus conclusiones (arg. art. 481 y concs. CPCC).

Por lo tanto y no surgiendo del dictamen en cuestión la necesidad y conveniencia para la víctima de realizar una cirugía reparadora, he de

compartir la decisión de la a quo al rechazar el reclamo y los fundamentos vertidos al respecto en su voto precedente por el Dr. Vivas al tratar esta cuestión. Por lo expuesto, propongo al Acuerdo el rechazo de la queja.

**3 – <u>Tratamiento de los agravios de la demandada y la aseguradora</u>**

**3.1 – <u>La imposición de costas</u>**

Se agravia la parte demandada y su aseguradora por la imposición de las costas del proceso resuelta por la sentencia en crisis. Esgrimen que la demanda no prosperó en un 75% u 80% de lo reclamado y de allí que debe ser modificada la imposición de costas que fueron impuestas todas a cargo de la demandada y la aseguradora.

El fundamento de la institución de las costas y su principio esencial, es el hecho objetivo de la derrota en la contienda judicial (SCBA, Ac. y Sent., 1973, II, pág. 737; DJBA, 102, pág. 113), actuando como un medio de obtener que el derecho controvertido sea reconocido en su integridad y con la finalidad de que el vencedor obtenga el cabal resarcimiento de los gastos que le ocasionó el litigio o, como se ha dicho reiteradamente, que el derecho salga incólume del pleito (conf. Cám. 2ª., Sala II, La Plata, DJBA, 71, ág. 86).

En otras palabras, las costas son las erogaciones que necesariamente deben hacer los sujetos del proceso, para obtener la actuación de la ley mediante la resolución judicial que pretenden (conf. PODETTI, "Tratado de los actos procesales", pág. 111, N° 30), siendo principio general en la materia que el objetivamente derrotado debe resarcir íntegramente las mismas al vencedor (conf. Cám. 2ª., Sala III, La Plata, La Ley 119-231, 11.510-S; Cám. 1ª. Mar del Plata, La Ley 117-285). Decimos así que, como norma general, en todo juicio o incidente las costas deben imponerse siempre al vencido, porque quien hace necesaria la intervención del tribunal por su conducta -acción u omisión-, debe soportar el pago de las costas que la contraparte ha debido

realizar en defensa de su derecho (conf. Cám. 2ª., Sala I, La Plata, causa A 28.711, reg. sent. 137/75).

En base a lo expuesto, considero que no hay razones para efectuar una nueva distribución de las costas, correspondiendo confirmar el decisorio del inferior, rechazando el agravio del recurrente. Así lo voto.

**4 – Costas de la Alzada**

Las costas de la Alzada, coincidiendo con lo propuesto precedentemente por el Dr. Vivas en su voto, corresponde que sean impuestas de la siguiente manera: **a) por el recurso interpuesto por la parte actora:** se le imponen a la recurrente en su calidad de vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los profesionales actuantes, Dres. R. J. P. y M. A. V. en los porcentuales regulados por el Dr. Vivas en su voto en virtud de ajustarse ellos a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria y **b) por el recurso interpuesto por la demandada y la citada en garantía:** se le imponen a las apelantes en su calidad de vencidas en el recurso que les fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. M. A. V. en el porcentual regulado por el Dr. Vivas en su voto en virtud de ajustarse el mismo a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria.

**A LA PRIMERA CUESTION**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA.**

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

A fs. 357 apeló sus honorarios, por considerarlos bajos, el letrado de la parte actora.

En atención a la labor desarrollada por el letrado, extensión de la tarea y resultado obtenido, teniendo especialmente en cuenta los rubros que

prosperaron en función de lo oportunamente reclamado, entiendo que los mismos han sido fijados adecuadamente dentro de la escala de porcentajes que prevé el art. 6, primera parte de la ley arancelaria.

Por tal razón, estimo que los emolumentos establecidos a favor del apelante resultan ajustados a derecho y deben ser confirmados (arts. 5, 6, 8, 18, 38 y cc, ley de aranceles profesionales).

Por tales razones, voto por la **AFIRMATIVA**

**A LA SEGUNDA CUESTION**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El letrado de la parte actora interpuso recurso de apelación por considerar "bajos" los honorarios que le han sido regulados en la anterior instancia.

Teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, el mérito de la labor profesional y el resultado final obtenido, considero que la regulación practicada al apelante por su labor en la primera instancia se ajusta a las pautas que establece para el caso la Ley Arancelaria. Es por ello que la regulación recurrida debe ser confirmada por esta Alzada (arg. arts. 5, 6, 8, 18, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

**A LA SEGUNDA CUESTION**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA.**

**A LA TERCERA CUESTIÓN**: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por mis colegas de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

**1. CONFIRMAR** el pronunciamiento dictado a fs. 348/353.

**2. IMPONER** las costas de esta Alzada en la siguiente forma: a) por el recurso interpuesto por la actora, a esa parte (art. 69, del CPC); por el recurso interpuesto por la demandada y citada en garantía, a esa parte (art. 69, del CPCC).

**3. REGULAR** los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, **por el recurso interpuesto por la actora**, del Dr. R. P., en el 25% de lo que le correspondiere al letrado de la parte actora interviniente en la Instancia anterior y de la Dra. M. A. V. en el 27% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior. Todo ello con más IVA si procediese (arts. 5, incs a), b) y c), 7, 9 y 13 y cc . de la ley arancelaria); **por el recurso de la demandada y citada en garantía**, de la Dra. M. A. V. en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior. Todo ello con más IVA si procediese (arts. 5, incs a), b) y c), 7, 9 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

**4. CONFIRMAR** los honorarios profesionales, regulados por su labor en la Instancia anterior, del Dr. Daniel Gómez Lozano (arts. 5, 6, 8, 18, 38 y cc, ley de aranceles profesionales).

**5. REGISTRESE**, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

**A LA TERCERA CUESTION**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Mario Luis Vivas, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar las dos cuestiones precedentes.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos jueces de Cámara por haber alcanzado mayoría, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de diciembre de 2013.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

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

**1. CONFIRMAR** el pronunciamiento dictado a fs. 348/353.

**2. IMPONER** las costas de esta Alzada en la siguiente forma: a) por el recurso interpuesto por la actora, a esa parte (art. 69, del CPC); por el recurso interpuesto por la demandada y citada en garantía, a esa parte (art. 69, del CPCC).

**3. REGULAR** los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, **por el recurso interpuesto por la actora**, del Dr. R. P., en el 25% de lo que le correspondiere al letrado de la parte actora interviniente en la Instancia anterior y de la Dra. M. A. V. en el 27% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior. Todo ello con más IVA si procediese (arts. 5, incs a), b) y c), 7, 9 y 13 y cc . de la ley arancelaria); **por el recurso de la demandada y citada en garantía**, de la Dra. M. A. V. en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior. Todo ello con más IVA si procediese (arts. 5, incs a), b) y c), 7, 9 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

**4. CONFIRMAR** los honorarios profesionales, regulados por su labor en la Instancia anterior, del Dr. D. G. L. (arts. 5, 6, 8, 18, 38 y cc, ley de aranceles profesionales).

**5. REGISTRESE**, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N°  /13. SDC. CONSTE.