En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de octubre del año dos mil catorce, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco y del Sr. Juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"G., M. F. c/ C., L. M. y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expte. nro. 771/13**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 411/08), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 546) y autos de fs. 548/562, correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Nélida Susana Melero, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Son justas la sentencia recurrida de fs. 466/477vta. y su aclaratoria de fs. 485/vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento en esta Alzada el presente pleito por apelaciones interpuestas por las partes (fs. 480 y fs. 483), por el letrado de la aseguradora Dr. Tejedor fs. 487 por la regulación de sus honorarios profesionales, el mismo letrado por la parte por altos a fs. 491, a fs. 502 la tercera citada la F. P. de S.

SA por altos los honorarios regulados a los letrados de la actora; Los abogados representantes de la actora por bajos sus honorarios (fs. 505), lo dispuesto en la sentencia Definitiva nro. 65/2013 del Juzgado en lo Civil nro. 1 de la jurisdicción (466/477).

La sentencia definitiva venida en crisis hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó solidariamente a L. M. C., M. Á. C., L. R. S. y G. D. S. a pagar a M. F. G. la suma de $281.915,53 en concepto de incapacidad sobreviniente,

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

intervención quirúrgica futura, gastos de farmacia y movilidad, y daño moral, con intereses. Rechazó los ítems tratamientos terapéuticos presentes y futuros, hizo extensiva la condena a la aseguradora F. P. S. SA. Impuso las costas a los codemandados y reguló los honorarios de los letrados actuantes.

A fs. 518/521 se agregó el memorial de agravios de la tercera citada.

Los agravios de esa parte son: arbitrario reconocimiento del rubro incapacidad sobreviniente, eventualmente se impugnó su cuantificación. El arbitrario reconocimiento del rubro intervención quirúrgica futura y eventualmente su cuantificación por elevado. El tercero de los agravios, el reconocimiento de gastos de Farmacia y movilidad pasados y futuros, eventualmente su cuantificación. El arbitrario reconocimiento del daño moral y su monto.

En cuanto al primero el reconocimiento de la incapacidad sobreviniente sufrido a consecuencia del accidente automovilístico que sufrió un traumatismo encéfalo craneano y arrancamiento de un 80% la oreja

izquierda, reconoció la actora que no sufre disminución orgánica del órgano ni disminución auditiva, como secuelas que padece dice mareos y fuertes dolores de cabeza (punto 17 demanda) la incapacidad la determinó en la demanda en un 20%, un daño estético.

Continúa el apelante con lo dicho en la demanda, que sufre de desequilibrio emocional y problemas en la vida estudiantil. Afecta su vida de relación.

Dice el recurrente que nada de ello fue probado por la actora; destaca que no realizó pericia médica. En cuanto a la lesión estética, el presupuesto acompañado y reconocido en nada dice que padezca una disminución estética, tampoco que la eventual cicatriz tenga una dimensión tal como para importar un daño, además pone de resalto que está en una parte disimulada de la persona.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

En cuanto al desequilibrio emocional severo, la testigo C. C. declaró que esta estudiando en la universidad, que culminó el colegio secundario en mayor tiempo, pero no acreditó que haya sido consecuencia del accidente el retardo.

En cuanto al daño severo invocado no fue probado y la pericia psicológica por sus inconsistencias técnicas no fue considerada por el juez *a quo*. No obstante le hizo lugar el juez *a quo*.

El magistrado con la simple manifestación sin prueba alguna hizo lugar, no hubo prueba pericial médica, no acreditó la incapacidad sobreviniente.

En cuanto al segundo agravio la intervención quirúrgica futura, el juez *a quo* hizo lugar sin que se desprenda la necesidad de efectuarse, no hay en autos constancia del aspecto de la joven antes del accidente,

son apreciaciones del juez sin haberla visto.

Las aseveraciones de la actora no están respaldadas en autos.

El tercer agravio es el resarcimiento por gastos de farmacia y movilidad, el juez *a quo* reconoce que no hay constancia, igual lo otorga.

Dice que consideró de acuerdo a las graves lesiones.

El cuarto planteo recursivo es el daño moral. Para establecerlo tuvo en cuenta la probabilidad de la posibilidad de dificultad auditiva futura, ello ni siquiera fue pedido ni planteado por la actora.

El daño fue presumido.

A fs. 522/34 expresa agravios la parte actora.

Se queja de la exigua suma de $122.000 acordada por el juez *a quo* por incapacidad sobreviniente, intervención quirúrgica futura, los gastos farmacéuticos, daño moral y el rechazo de los demás rubros.

Al calcular los rubros el juez de grado no tuvo en cuenta la disminución del valor adquisitivo del dinero.

En cuanto a la indemnización por incapacidad sobreviniente dice que el juez *a quo* omitió considerar la magnitud de la lesión padecida. Debió considerar la historia clínica, el presupuesto médico confeccionado y suscripto por el Dr. P.. Detalla la prueba, las fotografías y la declaración de O., debió tener el juez en consideración la edad de 17 años. En cuanto al daño psicológico, afirma que la actora modificó sustancialmente su conducta, y transcribe parcialmente el dictamen de la perita psicóloga, culmina diciendo que no hubo una reparación integral en el monto

considerado por la incapacidad sobreviniente, no se ha efectuado un análisis razonado del verdadero valor del daño.

Cita jurisprudencia y detalla el valor del daño biológico, su cuantificación.

En cuanto al segundo agravio monto insuficiente para intervención quirúrgica futura para evidente fluctuación de precios. No tuvo en cuenta lo condenado y el tiempo transcurrido desde el informe/presupuesto del médico que evaluó la cirugía estética reparadora. Cita jurisprudencia sobre el particular.

El tercer agravio gastos de traslado y farmacéuticos cita jurisprudencia sobre la reparación del ítem que considera la dispuesta por el a quo exigua.

El cuarto agravio es el rechazo del rubro tratamiento terapéutico, transcribe el fallo en el considerando pertinente y dice que se reclamó por el tratamiento no por el daño psíquico entiende que existió un yerro del juez de grado.

Se queja porque el juez se haya apartado de la pericial y afirma que debió haber fijado una indemnización.

Se queja por la irrisoria suma establecida para reparar el daño moral sosteniendo que no se condice con la idea de apreciación prudente que el juez haya imaginado el dolor y la angustia de la joven.

Hace reserva del caso federal.

Análisis:

Ambas partes cuestionan la decisión de grado respecto de las indemnizaciones otorgadas con distintos fines ideológicos y de interés, por lo cual abordaré

conjuntamente el planteo de la actora y de la tercera citada.

Pero previo a entender sobre las impugnaciones de las partes cabe señalar que los argumentos volcados en la presentaciones bajo examen –en ambos memoriales- son una mera acumulación de opiniones, y de simples discrepancias con lo decidido, que distan grandemente del cumplimiento de la carga impuesta a los apelantes a través del mandato legal consagrado en art. 268 del código procesal, no constituyen un discurso sistemático por cuanto no transitan desde una premisa hasta su conclusión, mediante el examen orgánico de los elementos de convicción, es más, en el caso del tercero citado hace fundamentalmente referencia a los planteos de las instancias ya superadas omitiendo analizar cuál fue el razonamiento del juez *a quo* en la sentencia venida en crisis, y por su parte el actor cita doctrina que hace a su modo de ver sin una crítica de los fundamentos del sentenciante.

La posibilidad de haber sido interpretados los hechos de manera diversa de la apreciada por el juzgador, sin invocar causales de error en la decisión impugnada, constituyen afirmación dogmática y no crítica razonada y concreta que requiere la ley.

El Superior Tribunal de Justicia de nuestra Provincia sostuvo "... el orden procesal exige que la expresión de agravios deba contener una crítica razonada y concreta del fallo (art. 265 CPCCCh, actual 268), y la no satisfacción de ello, conduce a su deserción (art. 266, CPCCCh/269). De ello se infiere que el contenido de la impugnación se determina en esa expresión, y su límite externo lo precisa el recurrente, se trata por lo tanto, del acatamiento de

normas expresas que rigen tanto para el órgano jurisdiccional como para las partes. El incumplimiento de los requisitos que debe contener el memorial lo convierte en deficiente o incompleto, y entonces no puede evitarse la declaración de la deserción del recurso, pues la norma contiene un mandato imperativo que no requiere petición de parte ni admite excepciones, todo ello acorde con la perentoriedad de los plazos procesales (SD 51/92, mi voto en SD 15/95 S.T.J.)" (autos "M., R. y otro c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ recurso contencioso Administrativo", expte. nro. 17.643 Sentencia nro. 12-2001).

No obstante el rígido criterio del Máximo Tribunal de la Provincia, este Cuerpo que integro ha tenido unánimemente otra postura, interpretando que en los casos en que existe un escrito de expresión de agravios con escaso contenido crítico, estudio en cuanto a la técnica, debe realizarse con una óptica restrictiva y ponderando claramente los efectos de la sanción de deserción que literalmente pone punto final al litigio. Teniendo presente que la doble instancia es un mecanismo procesal del que sólo en casos extremos puede suprimirse una de sus partes.

Por lo sostenido en la doctrina de este Cuerpo que integro descrita *ut supra* y por la gravedad de las consecuencias que de la declaración de deserción de los recursos se derivan, en cuanto al proceso, se impone extremar la cautela en el análisis del escrito de apelación a fin de resguardar el mencionado principio de la doble instancia y consecuentemente el derecho de defensa en juicio. Así partiendo de interpretar el significado de la expresión "crítica concreta y

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

razonada" de las partes del fallo que se consideran equivocadas, se ha dicho debe evaluarse la existencia de suficiencia "técnica o formal" en la expresión de agravios, esto es que contenga articulaciones razonadas, fundadas y objetivas sobre los errores que el apelante considere que contiene el fallo recurrido. (ver en tal sentido a Fenochietto, “Cód. Proc.…”, t. 2, comentarios art. 265, pág. 96 y ss., ed. Astrea-99). En los escritos que abren esta instancia (de expresión de agravios), se confunde el concepto de "agravio" y "argumento" que obliga al planteamiento de esta cuestión previa.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que debe diferenciarse el concepto de "agravio" del de "argumento". Debe ser considerado "agravio" toda crítica dirigida a las denominadas "cuestiones esenciales", que son las que hacen a la estructura de la litis y su esquema jurídico. Que sin su consideración no sería posible resolver el caso planteado. Va de suyo que su tratamiento es obligatorio para la Alzada. En cambio, debe entenderse como "argumento" toda mención efectuada por la parte apelante destinada a sostener su posición, pero que no se refiere a las ya citadas "cuestiones esenciales". Los argumentos no son de tratamiento obligatorio en segunda instancia (SCBA, Ac 32953 del 12-VI-84, Ac. 42311 del 31-X-89, Ac. 43836 del 20-XI-91, Ac. 43658 del 17-III-92, Ac. 50762 del 7-III. 95, Ac. 54992 del 19-X-96, Ac. 67337 del 1-VII-97; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 92-93, 116-94, 272-93, 48-96, 126-93, 32-90, 35-96, 159-96, 45-00 y otros).

Es indudable que el juez debe pronunciarse sobre todas las cuestiones de la pretensión y de la

contestación; es decir, sobre las cuestiones esenciales cuando su consideración tenga influencia en la resolución del caso y no aquellas que carezcan de tal aptitud.

En el caso, observo de los escritos que vuelcan expresiones de carácter subjetivo, e incluso la actora apelante efectúa afirmaciones personales sobre la decisión del juez y la tercera que reitera argumentos vertidos en etapas anteriores del proceso.

La doctrina ha entendido que no basta, consecuentemente, con argüir que lo decidido es exagerado o desmedido, pues ello, mientras no se demuestre que existe un juicio erróneo o no arreglado a derecho, lo cual no puede lograrse a través del empleo de expresiones teñidas de un alto subjetivismo, incurre en una disconformidad que no alcanza a tener el nivel técnico mínimo que requiere una expresión de agravios (ver Morello-Sosa-Berizonce, “Cód. Proc.…”, t. III, pág. 339, Abeledo Perrot-88).

Claro está que la "suficiencia formal" no debe confundirse con la "idoneidad jurídica sustancial" del recurso, que consiste en la aptitud del mismo para lograr la procedencia del reclamo jurídico de fondo, determinante del rechazo o acogimiento del recurso pero no de su declaración de deserción.

Ingresando al planteamiento de las recurrentes, advertiré que los Jueces no están obligados a tratar todas las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que hagan mérito de aquéllas que consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones (CSN noviembre 8-1981, "Dos Arroyos SCA c/ Ferrari de Noailles", en "Actualización de Jurisp. ", N 1440, La Ley, 1981-D, Pág. 781; CALZ Sala I Reg. Sent.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

Def. 32/90m 172/00 entre muchas otras).

Tales cuestiones esenciales son esas que, según las modalidades del caso, resultan necesarias para la correcta solución del pleito y vienen constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento y que -por su naturaleza- influyen preponderantemente en el fallo, las vinculadas a la dimensión cuantitativa del objeto de la pretensión (SCBA, Ac. 21917, DJBA, T. III, pág. 15, ídem Ac. 35221 "Ramos de Pagella c/ Escot", 22-4-86).

En cuanto a la desestimación del juez *a quo* de la pericial psicológica, informe producido en la oportunidad procesal, la actora se queja sobre esa exclusión y he de señalar que a fs. 469vta./470 el juez brindó los motivos del apartamiento y en tal sentido la doctrina ha sido uniforme "Cuando el perito ha dictaminado en una cuestión fundamentalmente técnica, que los jueces no pueden conocer por sí mismos, si estos comparten las conclusiones del dictamen basta que así lo expresen sin necesidad de rebatir en el fallo las impugnaciones de las partes. Contrariamente, si se aparta de la pericia están obligados a expresar los motivos por los cuales lo hacen y dejan de lado las opiniones técnicas.

"…El apartamiento del juez de las conclusiones de la pericia no requiere impugnación de parte, sino que entra en su función de juzgar sobre la prueba pericial, de modo que puede prescindir de su resultado como de cualquier otro medio probatorio.

"…Debe rechazarse el dictamen pericial que no se ajuste a la verdad, que sea meramente conjetural o sin fuerza asertiva y sin soporte objetivo.

”…La prueba pericial vale tanto como resulte de sus fundamentos y de la claridad de la exposición, debido a que ha de ser reflejo de la experiencia profesional del perito aplicada al caso particular. Pero no puede consistir en una mera opinión que prescinde del necesario sustento científico, el cual no tiene por sobreentendido sino que debe de exponerse en detalle, cualquiera sea el prestigio y trayectoria profesional del experto” (ver Fassi-Yañez, “Cód. Proc….”, t. 3, pág. 740/741, ed. Astrea-2000). El juez de grado específicamente detalló las falencias del informe pericial psicológico, que no son contradichas en el memorial.

La apelante en su memorial solo asienta una disidencia una mera disconformidad, sin indicar por qué motivo debió acogerse la pericial psicológica frente a los contundentes argumentos de desestimación. Es más, de la lectura del informe de la perito psicóloga de fs. 410 refoliada 412, las insuficiencias palmarias del mismo ahorran mayores comentarios, señalaré la única bibliografía que cita la perita es a la definición del daño de una abogada –destacada, prestigiosa- en su libro “Resarcimiento de daños…”, t. II, pág. 264, Dra. Zavala de González, pero no es ese el asesoramiento que el perito debe brindar al juez y mucho menos el respaldo de un informe técnico.

Rechazo el agravio en este punto.

Ahora bien, en cuanto a la incapacidad sobreviniente o indemnización por daño material, esta comprende la merma genérica en la capacidad futura del damnificado, que se proyecta en todas las esferas de su personalidad y constituye un quebranto patrimonial indirecto. En este orden de ideas y a los efectos de su

determinación, no solo ha de tenerse en cuenta de qué manera incide su gravitación en las aptitudes de la víctima para el trabajo o en la frustración de obtener beneficios económicos, pues esa incidencia no es única ni exclusiva a los fines resarcitorio.

Es veraz que no hubo una pérdida de la audición, sino una lesión en el pabellón de la oreja, a fs. 166vta./170, refoliada además de describir el traumatismo dice que la incapacidad psicofísica de la joven no puede ser inferior al 20%.

En la sentencia venida en crisis para la condena se tuvo en consideración la historia clínica y la indemnización se fijó en base a lo peticionado.

Al incoar demanda peticionó daño material por haber producido la lesión una incapacidad, peticionó como detallé precedentemente un porcentaje, asistiendo razón al recurrente en punto a que no acreditó por carecer de una pericial médica, además no tiene ingresos en razón de la edad, y la condición de estudiante (informe del que hicieron referencia las partes) ni pérdidas económicas porque no realizaba actividad rentable en el momento del hecho.

No obstante el monto ha de decidirse en base a las situaciones personales detallada, edad, sexo, actividades realizadas, etc.

Lo que cuestiona el tercero apelante el porcentaje de incapacidad (la entidad) es decir la magnitud del daño y el resarcimiento y la carencia de acreditación del mismo.

En el caso de autos, y según la historia clínica de fs. 28/287, ingresó el 10 y egresó el 11 de septiembre de 2006, la deficiente prueba ofrecida por la parte actora, demostró aun así un daño físico y

según la doctrina "no basta la sola existencia del daño, su certeza como requisito de indemnizabilidad, sino que es menester también la acreditación de su entidad, su magnitud en los momentos –o épocas- en que este se padece" (Zannoni: "El daño en la responsabilidad civil", pág. 50 y 57, ed. Astrea Bs. As. 1993).

He repetido en muchas ocasiones que la finalidad de la actividad probatoria es crear la convicción del órgano jurisdiccional sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes en su correspondiente oportunidad procesal, que son motivo de discusión y que no están exentos de prueba. La carga de la prueba señala a quien corresponde evitar que le falte la prueba de cierto hecho para no sufrir sus efectos perjudiciales. La carga no significa obligación de probar, sino que implica estar a las consecuencias que la prueba se produzca o no, ya que en virtud del principio de comunidad procesal, el material probatorio incorporado surte todos sus efectos quienquiera que los haya suministrados (Devis Echandía, "Teoría de la prueba judicial", t. I, pág. 426, Bs. As., 70, Sentis Melendo, Santiago, "Teoría y práctica del proceso", t. III, pág. 200, Bs. As.). En consecuencia, la actividad probatoria no supone ningún derecho del adversario sino un imperativo del propio interés de cada parte. Es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no acredita los hechos que invoca como fundamento de su derecho, pierde el pleito (Couture, Eduardo, "Fundamentos del derecho procesal Civil", pág. 42).

En este orden de ideas tengo que dejar sentado que el perjuicio que se repara por la incapacidad sobreviniente es el configurado por las limitaciones de

la víctima respecto de sus genéricas posibilidades y no tan sólo las referidas al plano laboral (*cf*. Orgaz, "El daño Resarcible", pág. 43 y ss.). ("ZIEGLER, Cristián Javier c/ E.N. (E.M.G.E.) s/ HABER DE RETIRO", CNACAF, SALA III - Mo. y A. - 21/10/94 -citar: elDial.com - AHA1).

Desde este punto de vista la situación calificada por unos como daño emergente y por otros como lucro cesante (art. 519 del Código Civil), la incapacidad sobreviniente implica un perjuicio que no queda acotado a la retribución dejada de percibir sino que abarca la afectación de todas las potencialidades de la persona que puedan aplicarse a la actividad productiva (L.L. 1997-D, 574-DJ, 1998-I-940). La determinación de la indemnización por incapacidad sobreviniente, dependerá de la postura doctrinal que se adopte, pues si el contenido del daño u objeto a resarcir consiste en la concreta disminución de ganancias, podría opinarse que no procede condena alguna si la víctima no tenía ingresos o no los vio perdidos o disminuidos a causa del hecho. En cambio, si consiste en la afectación de la idoneidad o aptitudes del sujeto, cobraría siempre el resarcimiento por daño material siempre que el sujeto haya quedado incapacitado, es decir, con prescindencia de algún desmedro económico concreto (citar: elDial.com - AZ483).

No desconozco que gran parte de nuestra jurisprudencia y la doctrina han mantenido el criterio que “Las secuelas deben ponderarse en cuanto repercuten indirectamente en un perjuicio patrimonial para la víctima, también debe tenerse presente la afectación a su integridad corporal, pues ella en sí misma constituye un bien con repercusión patrimonial, por

cuanto se advierte en el entorno social la apreciación favorable de esa integridad y las preferencias de todo tipo que beneficien a la persona integralmente sana" (CNCiv., Sala I, agosto-6-96 DJ1996-2-1357).

Aquí la pregunta, cuál es la entidad que debe darse al pabellón de la oreja, en el sector menos visible, para acordar una incapacidad y en ello considero que debe revisarse lo decidido, que si bien pudo haberse arrancando el 80% según dice el cirujano plástico (fs. 10 y fs. 298 refoliada del presupuesto del cirujano plástico) pero en las fotos acompañadas a fs. 9 aparece suturado y de la historia clínica nada se dice, la cirugía de reparación que proponen es de saneamiento estético.

Con respecto a la incapacidad sobreviniente, sabido es que siendo el daño, no solo uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, sino también como bien lo señala Mosset Iturraspe, el presupuesto central de la responsabilidad - *cf*. Mosset Iturraspe, "Responsabilidad por Daños", T° I, pág. 139; su producción y "extensión" queda a cargo de quien lo alega (*cf*. art. 1068 CC). Es en este tópico que la accionante ha tenido una ausencia probatoria afectando ello su postura reclamante.

Ha entendido la doctrina con relación a la falta de pruebas respecto de la magnitud del daño para su cuantificación, que es posible inferir muchas veces –por ejemplo, en un accidente de tránsito– que la violencia del choque o el modo en que ha tenido lugar ocasionara lesiones físicas, pero eso no alcanza, y son casos muy precisos y particulares los que permiten esa conclusión, y las más de las veces no es posible conectarlas casualmente con las secuelas invalidantes

que se aleguen, por "máximas de la experiencia", de ahí que no es recomendable soslayar ese aspecto de absoluta relevancia y cuya ausencia puede hacer caer totalmente la pretensión resarcitoria.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

"Recordemos que en cuanto a la extensión del resarcimiento, la relación causal importara su medida, y nuestro Código Civil establece que la indemnización comprenderá las consecuencias inmediatas y mediatas posibles (arts. 903 y 904) en el ámbito extracontractual.

Son consecuencias inmediatas aquellas que acostumbran suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, mientras que la inmediatas requieren de la presencia de un hecho diferente que se vincula con el atribuido al responsable (art. 901, CCiv.). Son las consecuencias normales –en cuanto a la habitualidad objetiva-, exclusivas y previsibles del hecho. Según el curso natural de los acontecimientos, un violento accidente con automotores, o una caída, de acuerdo con el modo en que han tenido lugar, puede producir determinadas consecuencias lesivas en la persona que lo sufra. Pero deben necesariamente poder relacionarse las secuelas que hoy presenta la victima con el hecho, y ello se logra acreditando la atención medica recibida, concomitante con el momento en que aquel ocurrió.

"Volviendo al peritaje médico que es prueba necesaria de la incapacidad, a fin de que rinda sus frutos, es necesario un adecuado interrogatorio al experto para que brinde los elementos que serán necesarios para evaluar las consecuencias patrimoniales de la minusvalía alegada, a mas de demostrar su misma existencia. " (ver Alejandra Abrevaya, "El daño y su

cuantificación judicial", pág. 103, ed. Abeledo Perrot-2011).

La situación generada por el suceso y sus consecuencias aparecen dimensionadas subjetivamente por quien se sintió afectado, ello no amerita la aceptación de recomposición dineraria como fuera peticionado, sino en el marco de lo probado. No analizar lo acaecido en el proceso a la luz de las pruebas allegadas sería cerrar los ojos a la realidad, postura que no adopto y me asiento para decidir en lo dicho en párrafos precedentes.

Por lo cual no acreditada la incapacidad sobreviniente peticionada y por desistimiento posterior de la pericial médica de fs. 438, ni probado por ningún otro medio, ya que la declaración testimonial resulta insuficiente para acreditar el grado de afección sufrido por la accionante, y lo dicho precedentemente, rechazo el rubro.

No demostrada la incapacidad sobreviniente, la cirugía estética reparadora reclamada frente a la insuficiencia probatoria, el simple presupuesto médico alcanzado al pleito no brinda fundamentos determinantes para su implementación, y -reitero- no cuantificado el daño ni probada la necesidad de la misma, revoco la decisión de grado y rechazo el rubro.

En cuanto al rubro gastos de farmacia y movilidad pasados y futuros:

La reparación solicitada de los demás gastos (es decir de farmacia, de movilidad) que fue acogida por el juez *a quo;* aparte de incluir erogaciones posibles y razonables que guardan vinculación con las lesiones padecidas, el accidente de tránsito probado y firme en la Alzada así como la atención de la actora en un

centro asistencial, la propia naturaleza de esta circunstancia la tornan verosímil este aspecto de la decisión apelada no ha de prosperar en cuanto el apelante –tercero citado- solo hace reiteración de lo dicho en instancias anteriores, y aun cuando no exista una prueba precisa respecto de la cuantía de los gastos aludidos, ello no es óbice para acordar el resarcimiento, dado que la razonabilidad de tales desembolsos es la que presta sustento al reclamo, bastando entonces la prueba de la existencia del perjuicio para fijar la indemnización con sujeción a pautas prudenciales; corresponde, pues, la estimación del daño con criterio flexible (art. 167, tercer párrafo, código procesal), tomando en consideración que no fue acreditada la incapacidad sobreviniente, no puede dejar de valorarse conforme la historia clínica que fuera internada un período de 24 horas, y que debió ser asistida médicamente y la máxima experiencia indican que requirió medicamentos, no tengo dudas que efectuó gastos de farmacia, por la lesión, por tal motivo confirmo lo decido y encuentro que la suma acordada por el juez *a quo* se adecua a lo que también estimo para estos gastos.

Por otra parte recuerdo que ha sido criterio de este Cuerpo que integro que los gastos médicos deben ser reparados aunque no se haya demostrado documentalmente su existencia habida cuenta de que en razón de la naturaleza del perjuicio se hace sumamente dificultosa su prueba, en la correlación entre los gastos realizados y las lesiones experimentadas, todo lo cual se considera conjuntamente con el tiempo de curación.

A mayor abundamiento cito: "… Sobre los gastos de

farmacia y de traslado, "producido el agravio a la integridad psicofísica de la persona, resulta imprescindible recurrir a asistencia terapéutica, lo que siempre implica un sacrificio económico, en mayor o menor medida, inclusive en caso de atención en establecimientos gratuitos" (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños. Daños a las personas, t. 2. a, "Integridad Psicofísica", Hammurabi, 2ª ed. ampliada, 3° reimpresión, p. 140).

Siendo los gastos terapéuticos una consecuencia forzosa del accidente, una jurisprudencia unánime sustenta un criterio flexible, no requiriendo prueba efectiva y acabada sobre la efectividad de los desembolsos y de su cuantía. Lo fundamental es que la índole e importancia de los medios terapéuticos a que responden los gastos invocados guarden razonable vinculación con la clase de lesiones producidas por el hecho, la transitoriedad, es decir, que exista la debida relación causal en la especie, reitero, confirmo la sentencia en el ítem.

En cuanto al daño moral he de concordar en cuanto a su existencia con el sentenciante de grado, no en su cuantificación, el hecho probado del accidente sufrido por M. F. G. -firme en esta Alzada y la lesión en su oreja izquierda-, la existencia de una lesión, de un impacto emocional sufrido, evidentemente por la falta de correspondencia entre un perjuicio espiritual y material, y el patrón dinerario con que se resarce, ante la ausencia de todo un criterio normativo regulador, que establezca algunas pautas comunes, con lo cual el tema queda abandonado a la intuición y discrecionalidad judicial (Bueres, A., "Código Civil...", Tomo 3 A, pág. 182, ed. Hammurabi-99). A lo

que agrego que no se arrimaron mayores pruebas en el curso del pleito de la afección espiritual, que en la decisión tengo en cuenta los montos que la jurisprudencia de la provincia utiliza, por lo cual adecuo el mismo, estableciéndolo en $10.000.

Por lo expuesto modifico el fallo venido en crisis en cuanto al monto de condena que lo establezco en $5.000 por gastos de farmacia y movilidad y $10.000 por daño moral y conforme las facultades establecidas en el art167 del código procesal, los intereses corren a partir del hecho dañoso a la tasa activa para operaciones de descuento del Banco de la Nación.

Con relación a las apelaciones de honorarios de los profesionales actuantes en la instancia de grado, conforme fue resuelta la cuestión troncal, carece de virtualidad jurídica expedirse (fs. 502, 505, 509).

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

Por disposición del art. 282 del ritual las costas y honorarios de la instancia de grado se readecuaran.

Impongo las costas de la Alzada por orden causado conforme lo dispuesto en el art. 69 del ritual. Las de primera instancia las mantengo a la vencida conforme fueran impuestas en dicha oportunidad en la convicción que la actora debió accionar por esta vía para el reconocimiento de su derecho.

Difiero la regulación de los honorarios de los letrados actuantes en ambas instancias al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1) Receptar parcialmente los agravios de la citada en garantía apelante. Modificar parcialmente la

sentencia venida en crisis, en el punto del fallo en cuanto a los rubros admitidos y los montos de condena, por lo cual se hace lugar a la demanda, condenando a L. M. C., M. N. C., L. R. S. y G. D. S. a pagar a M. F. G. la suma de $15.000 –en concepto de gastos farmacéuticos y de traslado, y daño moral-, en el término de 10 días de quedar firme la presente, con más los intereses de acuerdo a la tasa activa del Banco Nación Argentina desde el momento de hecho 10 de septiembre de 2006 hasta el efectivo pago, según considerando respectivo.

2) No tratar las apelaciones de honorarios por carecer de virtualidad jurídica.

3) Costas de la primera instancia se mantienen conforme fueron dispuestas. Costas de la Alzada por orden causado, según considerando respectivo.

4) Diferir la regulación de los honorarios de los letrados actuantes al momento del acuerdo.

5) Tener presente la reserva del caso federal planteado por la citada en garantía a fs. 533vta. /534.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de esta Alzada, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I. A) Los agravios de Citada en Garantía F.. P. S. S.A. glosados a fs. 518/521 contra la decisión tomada por el juez *a quo* se centran en la procedencia:

1) del rubro por incapacidad sobreviniente y

subsidiariamente la cuantificación de la mismas por altas (fs. 518/521);

2) del rubro por intervención quirúrgica futura y eventualmente impugna su cuantificación por elevada (fs. 520)

3) por gastos de farmacia y movilidad pasados y futuros y eventualmente impugna su cuantificación por elevada (fs. 520/vta./521), y

4) del concepto daño moral y eventualmente impugna su cuantificación por elevada. (fs. 521/vta.).

Dichos agravios fueron contestados por la actora a fs. 536/543vta., conforme el traslado conferido a fs. 535.

I. B) La actora se agravia a fs. 522/534 contra la decisión del juez *a quo* por entender exiguos los montos de los conceptos dados por:

I) intervención quirúrgica futura para evidente fluctuación de precios (fs. 527/528vta.);

II) para cubrir gastos de farmacia y movilidad pasados y futuros (fs. 528vta./530);

IIIO)por el concepto de daño moral (fs. 531vta. /533vta.)

y por el rechazo de los conceptos:

IV) de incapacidad sobreviniente (daño psicológico y biológico) (fs. 522/527vta.);

V) del rubro tratamiento terapéutico (fs. 530/531vta.).

Dichos agravios no fueron contestados por la Citada en Garantía, F. P. S. S.A., conforme el traslado conferido a fs. 535.

I.C) Apelan la regulación de honorarios, ya sea por derecho propio o en representación de su apoderada, los letrados a fs. 490/vta., 491vta. 502/504, con su

respectiva contestación de traslado a fs. 505/vta. 507/vta. y 509/510.

I. D) Advirtiendo que de una detenida lectura de los agravios expuestos tanto por la Citada en Garantía F. P. S. S.A. glosados a fs. 518/521 como por la actora a fs. 522/534, las mismos se refieren a los conceptos y montos tanto rechazados como condenados por el juez *a quo,* he de tratar los mismos en forma conjunta, en virtud del principio procesal de concentración y economía.

I.D-1) En cuanto a los agravios planteados por la apelante citada en garantía en cuanto el juez *a quo* declaró procedente del rubro por incapacidad sobreviniente y, su planteamiento subsidiario en lo atinente a la cuantificación de la mismas por alto (fs. 518/520) y sobre los agravios de la parte actora del monto de incapacidad sobreviniente (daño psicológico y biológico) (fs. 522/527vta.).

He de principiar mi voto con consideraciones doctrinarias en cuanto a la temática dada en los presentes autos atento a la profundidad y claridad de análisis que la misma efectúa y la cual comparto plenamente.

Así, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Prueba II. Dir. Alegría, H. y Mosset Iturraspe, J.A. 1°, ed. Rubinzal Culzoni, 1997, págs. 33/35 se expresa: "El daño no es algo normal o natural que se desprenda del curso ordinario de las cosas, del devenir habitual. Por el contrario, puede afirmarse con verdad que todo perjuicio –sinónimo de daño- rompe un equilibrio, una situación de orden o de paz, ya se trate del quebrantamiento a la salud, ya del menoscabo en los bienes que integran el patrimonio.

”El daño se presenta como una novedad disvaliosa, negativa, que acarrea costos de reparación y no beneficios. Por ello se afirma que los perjuicios se sufren y, al menos como regla, contra la voluntad de la víctima. Los seres humanos apreciamos la integridad, la plenitud, la indemnidad, tanto personal como patrimonial, y rechazamos todo detrimento como un mal, algo no deseado.

”Esta idea es común para todos los ámbitos, entre persona relacionadas por un negocio o ajenas a toda situación jurídica preexistente.

”Es por ello que los romanos elevaron el “no dañarás” a la categoría de un principio general del Derecho, máxima suprema en el comportamiento interpersonal. El agente dañador le quitaba al dañado, a la víctima, algo que hasta ese momentos era suyo, le pertenecía –el estado en que se encontraba la persona o sus bienes- y de allí que por un principio elemental de justicia conmutativa quedaba obligado a restituirle “lo suyo”, a restablecerlo en el estado anterior o repararlo dinerariamente.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

”Y, al menos como regla o principio, no existe un “derecho a dañar”, un especie de prerrogativa en cabeza de una persona, poder o facultad para “expropiar”, quitar, menoscabar a otra persona. Admitirlo equivaldría a reconocer “diferencias” y consagrar discriminaciones. Y si ello es verdad, que no media un derecho en cabeza de una persona que otorgue la facultad de dañar a otra persona, la consecuencia jurídica lógica es que todo daño configura un “ilícito”, un hecho antijurídico o contrario al Derecho; en síntesis, que todo daño es “injusto”.

”Empero la realidad, la vida diaria, la organización de las actividades, la competencia, el mercado, nos muestran pluralidad de situaciones de dañosidad que deben tolerarse o aceptarse en aras de la convivencia, de que la vida no existe en soledad, sino en un convivir o vivir con otros. Para explicitar “estas situaciones” que tienen la virtualidad de convertir al “daño injusto” en “daño justo” se alude, tanto en lo penal como en lo civil, a las “causas de justificación” o eximentes, verdaderas excepciones al principio antes recordado.

”Y si bien es cierto que lo primero es el daño, no se agota allí el esquema de la responsabilidad: quedan pendientes cuestiones básicas, requisitos, presupuestos, como son la atribución de autoría, la atribución de imputabilidad objetiva o subjetiva, el nexo o vínculo entre el hecho obrado u omitido y ese resultado perjudicial y, finalmente, el tema de la injusticia o justificación.

”Y aquí también es verdad que la mera calidad de víctima no conlleva a la reparación. La víctima del daño injusto debe accionar y debe probar. El debate sobre qué debe probar –si todos los extremos o presupuestos o solo algunos de ellos; si la carga pesa exclusivamente sobre ella, la víctima, o es compartida por el agente dañador –es el tema actual y la cuestión más apasionante. Colocar toda la carga sobre el dañado es una manera idónea de quitar o al menos limitar el derecho al resarcimiento, por las dificultades y complejidades que la prueba acarrea. Repartir la carga es, además de una solución lógica, de toda justicia y equidad. Importa facilitar el quehacer que lleva a la indemnización.

”(…)¿Median especificidades probatorias en el proceso de daños? ¿es un juicio como otro cualquiera, en orden a la prueba? Salvado el tema particular, ¿es dable hallar aspectos propios, distintos, sobresalientes?

”Creemos que sí. Y la lectura de las obras destinadas a la carga de la prueba o a la apreciación de la misma, nos afirma en este pensamiento. Encontramos, por todas partes, ejemplificaciones con base en el proceso de daños.

”En Orden al módulo probatorio o distribución de la tarea de demostrar, para convencer al juez, destacamos ahora tres aspectos:

”a) La verosimilitud preponderante

”b) El ámbito de peligro o de mayor responsabilidad ”y

”c) El empeoramiento de la posición probatoria.

”La verosimilitud preponderante es una teoría procesal, procedente de Escandinavia, para la cual, como base de la decisión judicial, es suficiente una verosimilitud grande e inclusive solo preponderante. En ciertos casos, por vía de ejemplo, cuando está demostrada la infracción o el incumplimiento, corresponde reducir el módulo de la prueba en beneficio del accionante. En consecuencia, pese a que los hechos pueden haber ocurrido de más de una manera, faltando puntos de apoyo concretos respecto de las opciones liberatorias, el juez puede resolver conforme a lo verosímilmente preponderante.

”Más aún cuando median dudas, la posibilidad que los hechos ocurrieran de otro modo no debe ser soportada por quien se vio perjudicado por el incumplimiento o por la infracción. Son dos matices:

probar por verosimilitud preponderante y, como sanción agravada, invertir la carga de la prueba".

En este orden de ideas se ha expedido la Corte Suprema de Justicia en autos caratulados: "P., J. D. c/ Chubut", Fallos: 315:28341, determinando: "Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por si misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida… Por tal razón, aunque no se haya acreditado la existencia del lucro cesante, ello no es óbice para resarcir la incapacidad que soporta el actor" y en autos caratulados: "Levaton, David c. Sindicato de Encargados y Apuntadores Marítimos", Fallos: 312:752, CSJN, 23/5/1989: "Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de su actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en si misma tiene un valor indemnizable".

Ha venido a esta Alzada firme la decisión del juez *a quo* de la responsabilidad en el accidente de tránsito de los codemandados L. M. C., M. A. C., L. R. S. y G. D. S. (considerando 5to. a 10mo. - fs. 471vta./475) y la extensión de la condena a la A. F. P. S. S.A., la que responderá dentro de los límites de la Ley de

Seguros y el contrato entre las partes (considerando 12do. – fs. 475).

Aplicando los criterios doctrinarios y jurisprudenciales precedentemente transcriptos y valorando la prueba existen en autos, tal como lo hiciera el juez *a quo* en el considerando 11ero. (fs. 475), a saber: Historia Clínica nro. 257.249 (fs. ref. 337/343, reconocimiento de documentación del Dr. G. P. Especialista en Cirugía Plástica Estética y Reparadora (fs. ref. 10 y fs. ref. 298) y C. R. (fs. 7 a 9 – fs. ref. 329), declaración testimonial de M. C. O. C. (testigo presencial - fs. ref. 304/305 – contestación), y las copias certificas de la causal penal expte. nro. 2996/2009 – acordelada – fs. ref. 19) y haciendo uso de las facultades otorgadas por el art. 165 ap. 5to. 1er. párr. de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ- son razones todas ellas por las cuales he de confirmar parcialmente la sentencia en cuanto hace lugar al concepto de incapacidad sobreviniente.

Sin perjuicio de ello y habiendo planteado subsidiariamente la apelante por la Citada en Garantía F. P. S. S.A. el agravio sobre la cuantificación de dicho concepto (fs. 520), después de la lectura de los términos en que fuera peticionada por la propia actora en su demanda a fs. ref. 167, donde textualmente refiere: "La incapacidad psicofísica de la a joven M. F. G. surgirá de la pericia médica a practicarse en autos, estimándose aquí a los fines del reclamo indemnizatorio una incapacidad no inferior al 20%, pero que en definitiva estará sujeta a lo que establezcan las pericias a realizarse", por otro lado la apelante citada en garantía en su contestación de demanda a fs. ref. 194, pto. f) hizo uso del derecho acordado por el

art. 482, ap. 2do. de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ- manifestando su desinterés en la ejecución de las pericias psicológica y accidentológica que la actora ofreció, expresando que se abstendría de participar en las mismas.

Conforme emerge del escrito de desistimiento de pruebas, la parte actora a fs. ref. 487 expresamente desiste de las mismas bajo el argumento de que dicha parte agotó las posibilidades que tenía de producir la prueba mencionada atento a la inexistencia de peritos inscriptos en la correspondiente nómina que suministra la Dirección del Registro del Superior Tribunal de Justicia y habiendo su parte propuesto a distintos médicos que no se hicieron cargo de la realización de las mismas. El juez *a quo* la tuvo por desistida a fs. ref. 439.

Siguiendo los lineamientos ya transcriptos por la Corte Suprema de Justicia en autos caratulados: ”P., J. D. c/ Chubut”, Fallos: 315:28341 y “L., D. c. Sindicato de Encargados y Apuntadores Marítimos”, Fallos: 312:752, CSJN, 23/5/1989, pero considerando que no hay prueba conducente y convincente de la extensión del daño sufrido por la accionante, siendo ella misma la que estima en un veinte (20%) su incapacidad sobreviniente, y considerando atento a la naturaleza de las lesiones sufridas –cercenamiento de oreja exterior-, la edad de la actora la momento de ocurrido el accidente que le provocó el daño, el hecho de ser una joven menor de edad y en plena adolescencia, que el juez *a quo* se ha apartado del dictamen pericial psicológico conforme los términos que con sobrada argumentación ha dado el sentenciante para fundar que no la ha de tener en cuenta, ha quedado evidenciado el

sustento necesario para rechazar el daño psicológico y biológico.

Son circunstancias todas ellas, y entendiendo que no debe existir en la cuantificación de un daño un enriquecimiento injustificado, por la cuales estimo como justo y equitativo fijar el monto por el concepto de incapacidad sobreviniente en la suma de pesos doce mil ($12.000), más intereses, revocando parcialmente la sentencia de primera instancia el pto. 1ero de su fallo y haciendo lugar parcialmente a los agravios de la parte apelante citada en garantía F. P. S. S.A. y rechazando los agravios de la parte actora en este sentido.

I.D-2) Tanto la apelante citada en garantía a fs. 520 del rubro por intervención quirúrgica futura y eventualmente impugna su cuantificación por elevada (fs. 520) mientras la actora se agravia por entender que el monto es exiguo por la evidente fluctuación de precios (fs. 527/528vta.).

Después de un exhaustivo análisis de los términos de los escritos de apelación levantados tanto por la apelante Citada en Garantía como por la apelante actora, los mismos resultan ambiguos y faltos de sistematización, haciendo abstracción las recurrentes, en pos de una crítica concreta, razonada y circunstanciada, demostrativa de un desacierto (para lo cual no basta una mera falta de coincidencia), de fundamentaciones trascendentes y puntualmente vertidas por el sentenciante, razones todas estas por las cuales arribo a la convicción que han de rechazarse tanto los agravios de la apelante citada en garantía a fs. 520 como los planteados por la actora a fs. 527/528vta. y en consecuencia, confirmar la sentencia en este

sentido, considerando la suma de pesos treinta y siete mil ($37.000) más intereses dada por el sentencia en concepto de intervención quirúrgica futura como ajustada a las circunstancias dadas en el presente caso.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

I.D-3) La apelante citada en garantía se agravia por cuanto el juez *a quo* decidió procedente los conceptos por gastos de farmacia y movilidad pasados y futuros y eventualmente impugnó su cuantificación por elevada (fs. 520/vta./521) y la actora por considerar injusto el monto dado para cubrir gastos de farmacia y movilidad pasados y futuros (fs. 528vta./530).

Es entendimiento jurisprudencial que comparto plenamente y considero aplicable al presente caso el que establece: "… Sobre los gastos de farmacia y de traslado, esta Sala en otras oportunidades ha recordado que "producido el agravio a la integridad psicofísica de la persona, resulta imprescindible recurrir a asistencia terapéutica, lo que siempre implica un sacrificio económico, en mayor o menor medida, inclusive en caso de atención en establecimientos gratuitos" (Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños. Daños a las personas", t. 2. a, "Integridad Psicofísica", Hammurabi, 2ª ed. ampliada, 3° reimpresión, p. 140). "Siendo los gastos terapéuticos una consecuencia forzosa del accidente, una jurisprudencia unánime sustenta un criterio flexible, no requiriendo prueba efectiva y acabada sobre la efectividad de los desembolsos y de su cuantía. Lo fundamental es que la índole e importancia de los medios terapéuticos a que responden los gastos invocados guarden razonable vinculación con la clase de

lesiones producidas por el hecho, es decir, que exista la debida relación causal" (*ibid*.).

En tal sentido, se ha afirmado: "los gastos médicos deben ser reparados aunque no se haya demostrado documentalmente su existencia" en razón de "la naturaleza del perjuicio que hace sumamente dificultosa su prueba y en la correlación entre los gastos realizados y las lesiones experimentadas, tiempo de curación, secuelas y carácter de ellas, así como también el tratamiento que el médico aconseja realizar" (CNCiv., Sala 1, "Párez Doncel de Caruso, Mabel Aida", del 27-05-88. En igual sentido Sala A, "Martinez de Flores, Leonor del Carmen", 20-06-89; Sala E, "Lopardo, Francisco", 10-05-89; Sala II, "Cristófano, Fernando Gabriel c/ GCBA s/ daños y perjuicios", expte. 9054/0, sentencia del 4-12-2007 y "Tau, Carmen Susana c/ GCBA y otros s/ daños y perjuicios", expte. 4909/0, 21-03-2007).

Dichas consideraciones han sido especialmente tenidas en cuenta por el juez en el considerando 13.3 –fs. 476-, y estimo que la suma de pesos cinco mil ($5.000) más intereses por los conceptos por gastos de farmacia y movilidad pasados y futuros es prudente y ajustada sin que los argumentos de ambas apelantes tengan entidad suficiente para modificar dicha cuantificación, razón por la cual han de rechazarse tanto los agravios de la citada en garantía como los de la actora y confirmar la sentencia en dicho sentido.

I.D-4) La citada en Garantía expresa agravios contra la procedencia del concepto daño moral entendida por el juez *a quo* y eventualmente impugna su cuantificación por elevada (fs. 521/vta.) mientras la actora se agravia del monto de dicho concepto (fs.

531vta./533vta.).

Es entendimiento de la suscripta que el daño moral puede traducirse en sentimientos, situaciones síquicas dolorosas, incómodas o aflictivas, pero igualmente en la pérdida de determinados sentimientos, o en la imposibilidad de encontrarse en una condición anímica, deseable, valiosa o siquiera normal (Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños. Daños a las personas", t. 2. a, "Integridad Psicofísica", Hammurabi, 2ª ed. ampliada, 3° reimpresión, pp. 554-5).

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

Sobre la ausencia de pruebas, cabe recordar que si bien estos daños deben ser acreditados al igual que los demás presupuestos de la responsabilidad, "dicha prueba operará normalmente por vía de presunciones judiciales u *hominis* (o sea, por inferencias efectuadas a partir de otros elementos) atento a la imposibilidad de mensurar el daño moral de la misma forma material, rotunda y directamente perceptible a los sentidos que el caso del daño patrimonial, no advirtiendo en los argumentos de oposición de ambas apelante fundamento alguno que justifique la modificación de lo decidido por el juez *a quo*, consideraciones todas estas por las cuales corresponde no hacer lugar a los agravios de ambas apelantes y confirmar la sentencia en cuanto recepta el concepto de daño moral y lo cuantifica en la suma de pesos treinta mil ($30.000) más intereses.

I. D-4) Plantea la apelante actora sus agravios en tanto el juez *a quo* rechazó el rubro tratamiento terapéutico (fs. 530/531vta.).

En autos y tal como se analizó en el punto pertinente de este voto el juez *a quo* con fundadas

razones no meritó prueba pericial de psicológica por lo cual la línea argumental expuesta por la agraviada y lo decido en este voto no es suficientemente explícita para fundar la necesidad de llevar a cabo un tratamiento psicológico adecuado, ni ha demostrado con otras pruebas que ha recurrido a dicho tratamiento para superar el estado de shock que alude la actora, no habiendo sido tenida en cuenta dicha pericia la cual sería el elemento objetivo de juicio necesario para probar el rubro de tratamiento terapéutico, torna desechables las objeciones subjetivas que vierte la actora apelante, razones todas estas por las cuales rechazo los agravios de la mismas y confirmo en este sentido la sentencia de origen.

I.E) En lo atinente a las apelaciones por la regulación de honorarios efectuadas por los distintos profesionales actuante en el presente proceso tanto por su apoderada, como por derecho propio (fs. 487/489, 490/vta., 491vta., 502,/504vta., 505/vta.), atento a como se ha decidido en el presente voto carece de virtualidad expedirse sobre los mismos (arts. 282 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-).

I.F) Atento a como se ha decidido en el presente voto y siendo de aplicación los arts. 282 y 69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-, las costas de primera instancia se mantienen a las codemandadas y citada en garantía F. P. S. S.A. vencidas y las de segunda instancia se imponen en el orden causado a la citada en garantía F. P. S. S.A. y a la actora (art. 72 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-). Difiero la regulación los honorarios de los profesionales intervinientes, tanto de primera como de segunda instancia para el momento del acuerdo, las que se efectuarán de conformidad a la

labor desarrollada, el mérito y extensión de la misma, la trascendencia para las partes según las pautas de los arts. 6, 7, 9, 13 y ccdtes. de la Ley XIII, nro. 4 - Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores – Digesto Jurídico-.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria para el caso de coincidencia la siguiente:

1) Receptar parcialmente los agravios de la Citada en Garantía F. P. S. S.A. (fs. 518/521vta.), rechazando los agravios de la parte actora (fs. 522/534) y, en consecuencia, hacer lugar parcialmente a la demanda, condenando solidariamente a los codemandados L. M. C., M. Á. C., L. R. S. y G. D. S. a pagar a M. F. G.., la suma de pesos ochenta y cuatro mil ($84.000), y a la citada en G. F. P. S. S.A. en el límite se su cobertura, en el término de diez (10) días de notificada la presente, en concepto de incapacidad sobreviniente, intervención quirúrgica futura, gastos de farmacia y movilidad y daño moral. Dado el hecho del incumplimiento, por la mora en el pago hasta la cancelación total y definitiva, esta suma de condena devengará los intereses acrecidos en la etapa de ejecución de sentencia.

2) Confirmar el punto 2do. del fallo de fs. 466/477vta., rechazando los agravios de la parte actora respecto del rubro tratamiento terapéutico (fs. 530/531vta.).

3) Las costas de primera instancia se mantienen a las codemandadas y citada en garantía F. P. S. S.A. vencidas y las de segunda instancia se imponen en el

orden causado. Diferir la regulación los honorarios de los profesionales intervinientes, tanto de primera como de segunda instancia para el momento del acuerdo, las que se efectuarán de conformidad a la labor desarrollada, el mérito y extensión de la misma, la trascendencia para las partes según las pautas de los arts. 6, 7, 9, 13 y ccdtes. de la Ley XIII, nro. 4 - Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores – Digesto Jurídico -.

4) Tener presente la Reserva del Caso Federal.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Me aboco al conocimiento de la presente causa en razón de haberse acordado tan solo parcialmente la solución del debate subsiste en la Alzada y motivada por la condena parcial dictada en el fallo de fs. 466/477vta. al que integra la aclaratoria de fs. 488/485vta., apelado por la Citada en Garantía a fs. 480 a tenor del informe de fs. 518/521 los que le fueron contestados a fs. 536/543 el resto de los vencidos y por estos a fs. 483 a tenor del informe de fs. 522/534. Obran asimismo apelaciones de aquellos y de los letrados por derecho propio en cuanto a la regulación de honorarios, tanto por altos como por bajos.

Que tal como ocurrió en la causa antecedente (expte. 53/11 RSD N° 60/2011), limitaré mi opinión a toda cuestión que implique disidencia a fin de intentar establecer mayorías por materia.

Queda en claro que ha quedado consentida la responsabilidad constatada por el *iudex a quo* y se prolonga el debate en cuanto a la configuración y cuantificación de los rubros que integran la condena.

Adelanto que no atenderé todos los planteos

recursivos de las recurrentes, sino únicamente aquellos que revistan la condición de esenciales y decisivos para fallar en la causa (ver, *v. gr.*, Fallos 221:37; 272:225; 310:1162 entre muchos).

La Citada en Garantía, mantiene su postura en cuanto a la inexistencia de incapacidad sobreviniente derivada del accidente del cual la actora fue víctima. Su afirmación conlleva la critica en cuanto a la precariedad de los elementos probatorios que fundamentan tal conclusión en el fallo. Quien lo dicta sostiene lo contrario detallando puntualmente las piezas de convicción debidamente confrontadas. Mis colegas preopinantes discuerdan en cuanto la configuración del rubro.

Por razones de orden y economía procesal trataré conjuntamente la quejas de las partes en cuanto a la naturaleza y cuantificación de los rubros que motivan la continuidad del debate en la alzada.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

Ya he tenido oportunidad de opinar en cuanto a que lo indemnizable como incapacidad sobreviniente no son las lesiones padecidas, sino la disminución de la aptitud física o psíquica derivada de las secuelas del accidente, especialmente las que perduran de modo permanente, por lo que el juzgador, en base a tales datos que le brinda la causa determine, en primer lugar la naturaleza del perjuicio y de qué modo repercute negativamente en la víctima de conformidad a sus circunstancias personales.

Retrogradando el estudio de esta cuestión al inicio, se advierte que la accionante se ha esmerado en destacar los elementos configurantes del rubro en

cuestión al promover la demanda, tal como se lee a fs. (ref.) 166vta. p. A, mereciendo por réplica la negación genérica de fs. 192 (ref.) p. III y el desinterés por la participación de las pericias fundantes de tal pedido (ver fs. 194), solo formula reservas en cuanto a un par de puntos de consulta por no ser consultas concretas.

En mi consideración, no debe perderse de vista que pese a extraerse copias certificadas de la causa penal en la que obran elementos de prueba al respecto, valorados y considerados en el fallo, la recurrente perdió la oportunidad de impugnarlos. Tampoco lo hizo en oportunidad del art. 499 CPr./DJ a la hora de los alegatos. En consecuencia vale en el caso lo dicho por Kielmanovich al considerar que, como principio, la prueba obrante en otro expediente es plenamente eficaz, siempre que ambas partes hayan tenido oportunidad de ejercer el contralor con las garantías del debido proceso legal ("Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", ed. 2005, Lexis n° 8007/008394).

Y de allí la importancia de la opinión relevante del Dr. P. reforzada por la prueba documental médica arrimada a la causa como así también la testimonial a que refiere el fallo en cuanto a la persistencia de la secuela no de modo significante, ello autoriza a ahondar en su naturaleza a los efectos del legítimo resarcimiento.

El caso solo se obtiene certeza, conforme los datos a los que he hecho referencia precedentemente de un daño estético permanente que se manifiesta como una deformación del pabellón auricular de la oreja izquierda, sin prueba de afección auditiva. Vale calificarlo como daño estético.

En cuanto a tal rubro la Corte Suprema ha señalado que "no es autónomo respecto al material o moral, sino que integra uno y otro o ambos según el caso" (C.S.J.N., 27/05/2003, "Sitjá y Balbastro, Juan Ramón c/ La Rioja, Provincia de y otro", Fallos 326: 1673; Idem., 29/06/2004, "Coco, Fabián Alejandro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros", Fallos 327:2722).

Así, el daño estético puede repercutir patrimonialmente cuando incida en las posibilidades económicas de la persona lesionada, o bien conformar solo una afección moral, por los sufrimientos y mortificaciones que la propia fealdad incorporada provoca en la víctima (*cf*. Llambías, J.J. "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones", t. II-B, p. 364, n1 5; Zannoni, E., "El daño en la Responsabilidad Civil", p. 160, n° 45; C.N. Civ., esta sala, 24/6/2010, expte. N° 34.099/2001 "Ruiz Díaz, Secundino y otro c/ Guanco, Víctor Manuel y otros s/ daños y perjuicios"; Idem., íd., 15/09/2011, expte. N° 7684/2005 "Sanguineti, Elza Raquel c/ Coto Cicsa y otros s/ daños y perjuicios", entre otros).

Esto es, para que la lesión estética sea conglobada al concepto antes señalado de incapacidad sobreviniente, debe tratarse de una desfiguración física que tenga la cierta posibilidad de repercutir patrimonialmente porque claramente incide en las posibilidades económicas del lesionado, en función de la importancia de la afección y de la naturaleza de las actividades que desarrolla (C.N. Civ., sala A, 11/09/2007, "G., R. V. c/ Salinas, Félix Roberto y otros", La Ley Online, R/JUR/5570/2007).

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

No siendo, la situación transcripta la que emerge

de las constancias de la causa, sino tan solo una repercusión disvaliosa espiritual, debe rechazarse el rubro en cuanto daño material susceptible de considerarse conjuntamente al capítulo resarcitorio de las incapacidades sobrevinientes, sin perjuicio de que sean relevante a la hora de establecer el quantum del daño moral.

Por lo expuesto, y con la reserva señalada he de coincidir con la Dra. García Blanco en cuanto al rechazo del resarcimiento considerado en el rubro "incapacidad sobreviniente".

Contrariamente, tal secuela y sus negativas consecuencias merecen sin duda alguna y más allá del reconocimiento por la vía señalada, la posibilidad de una cirugía reparadora, adhiriendo de tal modo a los conceptos volcados por el juez de la causa en sus considerandos p. 13. 2. con fundamento en consejo profesional de un experto y demás pruebas que se señalan al efecto y que son valoradas correctamente por la Dra. Melero en su voto, por lo que coincido con su solución en el punto.

Conforme lo expuesto y propuesto al acuerdo en cuanto al tema tratado, apartándome del orden de los votos que anteceden, entiendo que corresponde ingresar a la revisión propuesta por las partes de la estimación el daño moral que como he adelantado, el daño estético comprobado y con posibilidad de futura reparación quirúrgica, debe incidir en su cuantificación.

Pacíficamente se ha resuelto que como regla general, la lesión a la integridad psicofísica del ser humano genera un daño moral. Esta clase de daño no tiene vinculación con el daño material en lo que hace a la consideración de su cuantía, pues no es

complementario ni accesorio. Tiene, por ello, configuración independiente de los detrimentos patrimoniales y de subsistencia, y no requiere la prueba de los efectos producidos por el ataque, pues surgen del hecho mismo(ver v. gr. CNCiv., sala H, julio 2-997, DJ, 1998-2-1206).

Así, que solo cabe mensurarla a los fines resarcitorios en ejercicio de las facultades del art. 167 *in fine* CPr/DJ, teniendo como límite el deber de cuidar, y evitar incurrir en el extremo del exceso -de modo de apartar la posibilidad de que la indemnización constituya un rédito o ganancia para el sujeto dañado- y en el extremo del defecto -de modo de no establecer una indemnización irrisoria, que desnaturalice el sentido y alcance de la reparación debida al dañado por el sujeto responsable por tal daño-. Entre ambos extremos, el órgano jurisdiccional ha de actuar sobre la base de una prudente discrecionalidad. Para sostener racionalmente que una suma es exigua o insuficiente, debe afirmarse y demostrarse cuál es la suma adecuada o suficiente (CS, 10/10/1996 –"Alegre, Humberto Leonardo y otros c. Somorrostro, Carlos Alberto y otros"- cita: MJ-JU-E-8773-AR - EDJ8773 - EDJ8773; ver además "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" dirigido por Highton-Areán, ed. Hammurabi 2005, t. 3, pág. 503; "Cuantificación de daños personales" por Alferillo, Pascual E., publicado en LA LEY 2007-D, 965).

Entiendo y siempre respetando el carácter resarcitorio y autónomo del rubro que el sentenciante, a la luz de los hechos comprobados de la causa ha logrado estimar prudentemente el *quantum* de la reparación extrapatrimonial.

Como bien se ha dicho, la entidad objetiva y

subjetiva de la lesión espiritual es la pauta cualitativa tradicional para mesurar la indemnización. Puede hablarse de un daño moral común (gravedad del menoscabo para personas en similar situación) y particular (circunstancias propias del damnificado). La valoración circunstanciada de la víctima significa atender a sus condiciones particulares; pero no aquellas excepcionales, insólitas, desbordadas y ajenas a parámetros de normalidad común (susceptibilidades excesivas).

Debe arribarse a una conclusión sobre que personas normales, colocadas en análoga condición, habrían también sufrido un daño moral y con similar intensidad. (Matilde Zavala de González, "Actuación por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar", ed. Hammurabi 2004, pág. 318, parág. 189). Además de considerar las pautas de razonabilidad, acorde con el curso ordinario de la vida, constituyendo otro parámetro de valuación el lapso durante el cual se sufrirá previsiblemente el desmedro, conforme lo dicho en el tratamiento de anteriores rubros.

Entiendo asimismo que en la suma estimada comprende toda alteración espiritual incluido el menoscabo por daño estético, por lo que concuerda mi solución con el voto de la Dra. Melero.

Coincido en cuanto a que por imperio del art. 282 CPr./DJ, deben adecuarse las costas y honorarios a lo decidido en ambas instancias lo que torna abstracta toda queja al respecto.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado parcialmente con la Dra. Melero, reitero su fórmula decisoria salvo en cuanto a la procedencia del rubro "incapacidad sobreviniente"

adhiriendo al rechazo propuesto por la Dra. García Blanco, todo de conformidad con los considerandos pertinentes y debiéndose tener presente la reserva formulada del llamado "caso federal".

A la primera y segunda cuestión el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento en virtud del acuerdo parcial al que se arribara en esta Alzada con relación al recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusiera la actora Srta. M. F. G.. (fs. 483, agravios 522/534) y la citada en garantía F. P. S. S.A. (480, agravios fs. 518/571). Constan, de igual modo, sendas apelaciones de honorarios de los letrados intervinientes por aquellas, quienes actuando por derecho propio, se quejan por los emolumentos regulados en la instancia.

I. Antecedentes.

En breve síntesis diré que la sentencia 065/13 de fecha 27/09/13 hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó solidariamente a L. M. C., M. A. C., L. R. S. y G. D. S., a pagar a M. F. G., la suma de PESOS DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL NOVECIENTOS QUINCE CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS ($281. 915,53), en el término de diez (10) días de notificado el decisorio, comprensiva de los conceptos incapacidad sobreviniente, intervención quirúrgica futura, gastos de farmacia y movilidad y daño moral, ello con más los intereses calculados a la tasa de interés activa promedio mensual utilizada por el Banco de la Nación Argentina para las operaciones descuento de documentos de terceros. Dado el hecho del incumplimiento, por la mora en el pago hasta la cancelación total y definitiva, la suma de condena devengará los intereses acrecidos en la etapa de ejecución de sentencia. Rechazó el ítem tratamientos

terapéuticos presentes y futuros. Hizo extensiva la condena a la citada en garantía F. .. S. S.A. Impuso costas a los demandados vencidos.

II. Análisis de los agravios.

Los señores camaristas han emitido ya su voto y resuelto los agravios de las partes, coincidiendo en todos los puntos, existiendo discordia respecto de la condena en torno a la procedencia del rubro incapacidad sobreviniente, reclamada por la actora en la demanda y cuestionada en el recurso en relación con el monto en que fuera admitida; así como desconocida en la contestación de la acción como en su queja por la citada en garantía.

Por lo expuesto precedentemente y en atención a la letra del art. 274 del CPCCCh, por el que se dispone que los miembros del Tribunal emitirán su voto fundado examinando en el mismo las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios y que la decisión se adoptará por mayoría, “bastando para formarla los votos en sentido coincidente de quienes se expidan en primero y segundo término”, dejando a salvo la facultad del tercero de emitir su opinión; en razón del lugar que me ha sido asignado para votar (cuarto voto), haré de hacer uso de la licencia que la ley formal me confiere y, por tanto, habré de expedirme exclusivamente sobre el punto materia de desacuerdo, limitándose así mi pronunciamiento a lo relativo a la indemnización por incapacidad sobreviniente que ha sido reclamada.

Antes de hacerlo, destaco que tal como lo ha sido sostenido por el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, la mayoría legal consiste en la

coincidencia de opiniones de por lo menos dos de los tres jueces que integran el Tribunal y equivale a unanimidad cuando solo actúan en los casos en que está permitido. Debe producirse respecto de cada cuestión esencial y para lograr coincidencia que forma mayoría, los jueces deben arribar a una conclusión idéntica (*cf.* SD N° 45/95; 26/SER/99; 30/SER/99; 04/SER/04).

Ahora, ello no implica exigir fundamentos iguales. Cada juez puede dar los suyos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros miembros. De otra manera la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido, pues no sería otra cosa que pedir una reiteración de fundamentos de cada miembro del Tribunal. La coincidencia hace referencia a que estos no sean contrapuestos, contradictorios, antagónicos, incompatibles o excluyentes entre sí. Es decir, lo que se procura es que estos puedan acumularse (*cf.* Loutayf Ranea, Roberto G. "El recurso de apelación en el proceso civil", pág. 292 y sgtes., ed. Astrea).

a) De la incapacidad sobreviniente.

Adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, no resulta ocioso recordar que no es preciso que el Tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Así, de la demanda impetrada surge que el rubro en cuestión fue reclamado por la actora con base en el traumatismo en la cabeza que sufriera producto del accidente de tránsito del que fuera víctima, acaecido el día 10/09/2006, y que le ocasionara el arrancamiento del 80% de la oreja izquierda. Dijo la quejosa que sometida que fue a una intervención quirúrgica urgente y no definitiva, le fue suturada observándose una cicatriz hipertrófica y retráctil del pabellón auricular izquierdo. Con ello, un estrechamiento de la escotadura entre el trago y el antitrago, ascenso del lóbulo y retractación de la concha auricular, lo cual, frente a una futura cirugía reparadora ostenta un resultado final que no puede garantizarse. Estimó ante la circunstancia una incapacidad no inferior al 20%, en definitiva sujeta a lo que las pericias a producirse en el expediente establezcan.

En ajustada síntesis el fallo de primera instancia concedió el rubro reclamado como integrante de la indemnización. Sostuvo entonces el juzgador que la historia clínica obrante en la causa penal caratulada: "C., L. M. s/ Homicidio Culposos (un hecho) en Concurso Ideal con Lesiones Culposas (un hecho)", expte. N° 2996/2008, así como el presupuesto del Dr. G. P., las fotografías de la víctima agregadas en autos, sumado ello a la prueba testimonial de la Srta. M. C. O. C., todas pruebas no refutadas, lo condujeron a admitir el ítem por la suma demandada de $50.000, a su juicio justa y equitativa, más intereses.

Ya se ha dicho que el decisorio no conformó ni a la actora ni a la citada en garantía. La primera, por considerar exiguo el monto de la condena, la segunda, manteniendo la postura que observó al contestar en

forma primigenia la acción impetrada, al sostener la inexistencia de la incapacidad sobreviniente como causa del siniestro.

La actora fundó su agravio sobre el particular haciendo hincapié en el tiempo transcurrido desde que se estimó el monto, es decir al demandar, siendo notable la pérdida del poder adquisitivo, por lo que la suma no guarda relación alguna en la actualidad con el daño padecido. Criticó, a mi entender confundiendo los rubros reclamados, cuestiones vinculadas a los mismos y no al que se refería en particular (incapacidad sobreviniente). Así, por ejemplo, entremezcló en puntual referencia el presupuesto de la cirugía reparadora –que fue reclamada aparte– como el daño moral, también pretendido en forma independiente. Cuestionó la valoración de la prueba, en particular la del informe pericial. En fin, dijo que el juzgador no efectuó un análisis razonado del verdadero valor del daño ni del verdadero valor del dinero, fijando así un monto indemnizatorio que no se compadece con la realidad actual. Se agravian los letrados por considerara bajos los emolumentos que les fueran regulados.

Por su parte, la citada en garantía, reafirmó su negativa respecto de la procedencia del rubro. Se agravió así descartando la existencia de toda incapacidad sobreviniente causada por el accidente, particularmente denunciando la orfandad probatoria que acreditara la misma, en particular la ausencia de la prueba pericial médica, de la que desistiera el actor. Pidió se rechace en esta instancia su acogimiento, subsidiariamente, y para el caso en que sea reconocido, se adecue el *quantum* por considerar que resulta

exagerado no guardando razonabilidad con la realidad económica considerada al momento del siniestro y en la actualidad. Apela por altos los honorarios regulados a los representantes de la actora, y por bajos los suyos.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

Bien, es así que ha quedado planteada la cuestión y como he dicho me limitaré a la disidencia sobre el particular en orden a establecer la mayoría en el punto puesto a mi consideración. Digo entonces que, a esta hora, dos de mis respetados colegas, la Dra. G. M.. G. B. y el Dr. Julio Alexandre han emitido su voto revocando el fallo en cuanto otorga la indemnización por incapacidad sobreviniente –aunque con diversos fundamentos-, mientras que la Dra. Nélida Susana Melero ha optado por concederlo, en los alcances de la sentencia de grado, confirmando la misma sobre el punto.

Entonces, en primer lugar me abocaré al estudio en relación con la admisión del rubro incapacidad sobreviniente. Luego, y en el supuesto afirmativo, lo haré respecto del *quantum* que entiendo pueda corresponder en el caso concreto.

Ante todo, debe tenerse en cuenta que "La afectación de la integridad física o psíquica que arroja una secuela que impide temporaria o definitivamente el restablecimiento del estado de cosas de que gozaba la persona con anterioridad al suceso dañoso, habrá de indemnizarse adecuadamente de acuerdo con las particulares circunstancias de cada caso" (CCiv. y Com. Morón, Sala 2da, 23/10/84, JA, 1985-I646).

Es por ello que la protección de la persona humana

en toda su compleja dimensión vital, en su "mismidad" como solía decir el maestro Germán Bidart Campos, en opinión que comparto, constituye preocupación permanente del quehacer jurídico.

Ahora, desde un punto de vista estrictamente ontológico, vale la pena transcribir la lúcida observación de Matilde Zavala de González cuando sostiene que no deben confundirse las lesiones que puede inferir un determinado hecho con el o los daños resarcibles que aquellas lesiones pueden producir. La lesión entraña la afectación de determinada esfera de la persona. El daño versa sobre las concretas consecuencias o efectos disvaliosos, es decir, consiste en el producto o resultado negativo de la violación del derecho, del bien o del interés de la víctima ("Resarcimiento de Daños", vol. 2, "Daños a las personas", ed. Hammurabi, 2da. ed. 2da. reimp. 1993, pág. 73). Y esto último es lo indemnizable.

En efecto, coincido con destacada doctrina que afirma que lo que se indemniza son las secuelas de las lesiones y no las lesiones en sí mismas, resultando de aplicación el principio sustentado por la jurisprudencia respecto a que en el caso de lesiones el monto indemnizatorio se determina sobre la base de las secuelas y no a las lesiones en sí (Highton, Elena "Accidentes de tránsito. Daño Resarcible como lucro cesante y daño emergente en caso de lesiones a las personas, desde la óptica de los jueces", en "Accidentes de Tránsito-II", T. 2, pág. 62 y sig., Edit. Rubinzal Culzoni).

El querido maestro Bueres desde hace tiempo viene sosteniendo que el Código Civil argentino contempla dos categorías: el daño patrimonial y el daño moral. Al

primero se refieren los arts. 519, 1068 y 1069, en tanto que al segundo atañen los arts. 522 y 1078. Las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general -en sus bienes esenciales- no son daños sino menoscabos de índole material, los cuales pueden ser fuentes de daños resarcibles (o injustos) si conculcan intereses económicos o espirituales. "El daño moral y el daño patrimonial constituyen las dos categorías de daño resarcible, sin que pueda hablarse de la existencia de un tercer género: solo existe el daño patrimonial y el extrapatrimonial (moral) (cf. Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", Rev. de Der. Priv. y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992, N° 1, pág. 263; coinciden Iribarne, Héctor Pedro, "La cuantificación del daño moral", Rev. del Derecho de Daños n° 6, Rubinzal Culzoni, 1999, pág. 187; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", T. 2a – "Daños a las personas", Hammurabi, Bs. As., 1993, pág. 33

La incapacidad sobreviniente es la que se verifica luego de concluida la etapa inmediata de curación y convalecencia y cuando no se ha logrado total o parcialmente el restablecimiento de la víctima. Se aprecia en miras de lo funcional, pero el origen puede ser anatómico, fisiológico o una combinación de ambos (*cf*. Zavala de González, Matilde, "Daños a las personas. Integridad psicofísica", T. 2a, Hammurabi, 1990, pág. 289). En efecto, procura el resarcimiento de aquellos daños que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada, la cual incide en todas las actividades, no solamente en lo laboral o

productiva, sino también en lo social, cultural, deportivo y aún en lo individual.

La amplitud de la concepción argentina de la incapacidad sobreviniente prevista en el art. 1086 del Código Civil incluye e incorpora los dos aspectos, estáticos y dinámicos, a los que aludía Fernández Sessarego. Subsume la fase "estática" del daño a la persona (el mentado daño biológico de la legislación italiana), en cuanto alude al resarcimiento por la aptitud física o psíquica tronchada pero que carece de repercusión patrimonial concreta y específica, y también la fase "dinámica", o sea, la actividad productiva o generadora de ingresos, personales o familiares.

El tema aquí, en orden a dilucidar la cuestión, y por tanto determinar la existencia o no de incapacidad sobreviniente en el caso, transita en principio la senda de la actividad probatoria, esto es, si alguna incapacidad -permítaseme la reiteración del vocablo- que merezca ser resarcida ha sido demostrada con la prueba rendida. De allí, como correspondería indemnizarla -el *quantum*-. Adelanto mi postura respecto de la improcedencia del rubro.

A la luz del estudio del proceso, advierto la carencia de prueba respecto de la mentada incapacidad. No se ha demostrado la presumida disfuncionalidad propia consecuencia de aquella. Ya dije antes que percibo la confusión en la letra del agravio de la actora, la que pretende subsumir en el concepto la cuestión que atañe, por un lado, a la alteración de la psique de la víctima- y se apoya para ello en la pericia psicológica, por otro lo relativo a la futura cirugía reparadora a la que deberá someterse aquella. Y

ello, destaco, no para justificar la existencia de la incapacidad sobreviniente –ya admitida en la instancia de grado– sino cuestionando el monto de condena.

A esa hora, no es menor la ausencia de prueba pericial médica, idónea para certificar la presunta incapacidad y su alcance medido en porcentaje de afectación. Cierto es que fue voluntariamente desistida por la actora, quien arguyó haber "agotado las posibilidades de producirla" (fs. 438), sellando de alguna manera su suerte sobre este particular. Ello, puesto como fuera ya expresado, el resto de sus argumentos tendientes a mejorar la indemnización, terminan recayendo sobre los ya vertidos en los otros rubros reclamados.

Corresponde en este punto advertir que, en idéntica manera en que repercute en cualquier otro menoscabo a la intangibilidad psicofísica de la persona –de la que hemos venido hablando en nuestro hilo argumental– la incapacidad sobreviniente no es resarcible *per se*, como rubro autónomo del daño moral y del patrimonial indirecto que puede implicar.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

Por tanto, si alguna duda pudiera caber aún respecto de la invocada incapacidad sobreviniente, como dije aquí, no probada, pongo de resalto que por un lado han coincidido ya dos de los colegas preopinantes en confirmar el decisorio reconociendo la indemnización por daño moral y, por otro, han hecho lo propio respecto de la procedencia de la indemnización en concepto de intervención quirúrgica futura, la que juzgo como daño emergente (daño patrimonial indirecto). Al respecto, dejo a salvo que, en virtud de dicha coincidencia, los rubros mencionados no han sido

sometidos a mi juzgamiento.

Por lo expresado hasta aquí, considero debidamente fundado mi voto, coincidiendo por los motivos reseñados en que la sentencia de grado debe ser revocada en cuanto condena al pago de la indemnización por incapacidad sobreviniente.

Comparto con mis colegas que resulta aplicable al caso la letra del art. 282 del CPCCCh, razón por la que las costas y los honorarios de los profesionales intervinientes deberán readecuarse en oportunidad, habiendo perdido virtualidad los recursos planteados al respecto.

Tener presente la reserva del caso federal.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con las disidencias parciales señaladas, la siguiente

SENTENCIA:

1) Receptar parcialmente los agravios de la Citada en Garantía F. P. S. S.A. (fs. 518/521vta.), rechazando los agravios de la parte actora (fs. 522/534) y, en consecuencia, hacer lugar parcialmente a la demanda, condenando solidariamente a los codemandados L. M. C., M. Á. C., L. R. S. y G. D. S. a pagar a M. F. G.., la suma de pesos setenta y dos mil ($72.000), y a la citada en G. F. P. S. S.A. en el límite se su cobertura, en el término de diez (10) días de notificada la presente, en concepto de intervención quirúrgica futura, gastos de farmacia y movilidad y daño moral. Dado el hecho del incumplimiento, por la mora en el pago hasta la cancelación total y definitiva, esta suma de condena devengará los intereses acrecidos en la etapa de ejecución de sentencia.

2) Confirmar el punto 2do. del fallo de fs. 466/477vta., rechazando los agravios de la parte actora respecto del rubro tratamiento terapéutico.

3) Costas de primera instancia a las codemandadas y citada en garantía F. P. S. S.A. vencidas.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia al Dr. N. A. D., A. K. J. y M. V. B., conjuntamente, en el veinte por ciento (20%), al Dr. G. A. G. en el quince por ciento (15%), al Dr. D. A. T. en el quince por ciento (15%), al perito accidentólogo L. A. M. en el tres por ciento (3%) y a la perita psicóloga S. M. en el tres por ciento (3%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

5) Costas de la alzada por su orden, según considerandos pertinentes.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. D. A. T. en el treinta por ciento (30%) y a los Dres. N. A. D. y K. J., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

7) Tener presente la reserva del caso federal.

8) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

NÉLIDA SUSANA MELERO
Jueza de Cámara

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Presidente

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº DEL AÑO 2014
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara