En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de marzo del año dos mil diecisiete, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Herlado E. Fiordelisi y de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **P., C. D. C/ T. D. O. S.A. S / Daños y Perjuicios" (Expte. N° 44 Año 2014)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. N° 187/09), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA**: ¿Son justos los honorarios regulados a los letrados patrocinantes de la parte
actora?; **TERCERA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs.394.

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

1 – Antecedentes

El Juzgado Civil y Comercial de esta Circunscripción Judicial dictó sentencia a fs. 347/352 vta., la cual a fs. 355, 356 y 359 fue apelada por la aseguradora, por la demandada y por la parte actora respectivamente, siendo concedidos todos los recursos a fs. 357 y 361. A su vez, los letrados patrocinantes de la parte actora apelaron por bajos sus honorarios a fs. 360/y vta., siéndoles concedido el recurso a fs. 361.

2 – La sentencia

La sentencia en crisis hizo lugar parcialmente a la demanda condenando a T. D. O. SRL y a Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros (a ésta en los términos del art. 118 de la Ley de Seguros) a pagar a

C. D. P. la suma de $ 80.000.-, con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde la fecha del accidente al efectivo pago; impuso las costas a la demandada y su

asegurador y reguló los honorarios de los letrados intervinientes.

La a quo tuvo por acreditado el accidente de tránsito ocurrido el día 19/09/2007 sobre la Ruta N° 3 en el que participó un micro interno N° 5569 de la empresa de transportes demandada en autos y en el que viajaba como pasajero el actor, así como también los daños experimentados en el hecho por el reclamante. Al no haberse acreditado ninguna eximente de responsabilidad, la sentenciante determinó que la demandada y su aseguradora deben responder por los daños causados al Sr. C. D. P..

Con relación a los daños reclamados, la sentencia trató en primer término la "Incapacidad Física y Laboral". Tuvo en cuenta la Historia Clínica obrante en autos y la Pericia Médica aquí producida y que determinó una incapacidad del 6% por la fractura, el 14,36% por cicatrices y 15% por el trastorno de estrés pos traumático sufrido por el actor.

Evaluó la sentenciante que el perito médico indicó que el actor presenta marcha normal, como también lo es la movilidad del tobillo derecho y que no indicó que el actor hubiera perdido longitud en el miembro derecho, movilidad o que existiera desviación que generen secuelas que puedan disminuir su capacidad vital, tanto en su proyección laboral y productiva como en su vida social, deportiva y cultural. Ante este panorama concluyó que ha de presumirse que, concluida la etapa de curación, se logró el restablecimiento de la víctima y no se advierte la existencia de daño patrimonial susceptible de ser reparado. Por lo expuesto, desestimó la

incapacidad reconocida por el experto y no otorgó indemnización por este rubro.

Con respecto a las “cicatrices” y no habiéndose acreditado que las mismas tengan incidencia en las posibilidades económicas de la víctima, decidió que su reparación sería incluida en el Daño Moral.

Con relación al “Daño Psíquico” tuvo en cuenta las probanzas producidas en autos (Pericia Médica y Pericia Psicológica) y de conformidad con la norma del art. 167 del ritual fijó la indemnización para el mismo en la suma de $ 30.000.- más intereses.

Finalmente evaluó el Daño Moral y destacó que en casos como el que sufrió el actor, los mismos hechos indican la existencia de este daño. Tuvo en cuenta las lesiones sufridas por el mismo, las circunstancias dramáticas que debió afrontar por el accidente ocurrido de noche, en el que fallecieron varias personas al chocar el micro con un camión cargado con alimentos y artículos de limpieza que ingresaron al micro por el impacto, las lesiones sufridas y tratamientos cumplidos, las cicatrices que hoy ostenta y las consecuencias anímicas que las mismas producen y producirán en la vida afectiva y social del actor. Conforme a ello fijó la indemnización en la suma

de $ 50.000.- más intereses.

3 – <u>Agravios de la parte actora</u>

Agravia a la parte actora que la sentencia no haya hecho lugar a la indemnización por incapacidad física que reclamara.

Afirma que por el simple hecho de haberse curado, no impide que sea indemnizado por incapacidad en razón de no ser lo mismo la curación de una lesión física con la incapacidad física y laboral que como consecuencia de ella pudiera quedar de forma parcial y permanente.

Destaca que el perito médico dijo que el actor posee secuela de fractura de tibia derecho consolidada en eje, lo que genera el actor un resultado negativo frente a eventuales exámenes físicos.

Afirma que por más que una fractura sane o se cure, la misma genera una secuela incapacitante permanente definitiva y parcial que genera inconvenientes en el futuro.

Sostiene que la a quo debió valorar la confesión ficta de la aseguradora.

Culmina diciendo que la a quo presume que el actor no posee incapacidad contrariando la pericia del perito médico.

4 – <u>Tratamiento de los agravios</u>

4.1) Necesito referirme brevemente a la calidad de la "expresión de agravios" en tratamiento. Y digo esto porque el escrito de expresión de agravios debe redactarse con sumo cuidado a fin de evitar la deserción total o parcial del recurso. No es la extensión lo que decide la suerte de la apelación sino la necesidad de una crítica a la resolución apelada, que no importe una mera discrepancia con el criterio sustentado por el juez; es necesario demostrar el error de la providencia o sentencia que se pretende sea modificada o revocada por la cámara. El memorial de agravios debe contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas, lo cual implica la realización de una exposición jurídica en la que, mediante el análisis razonado y crítico del fallo impugnado, se evidencie su injusticia, requiriendo una articulación seria, fundada, concreta y objetiva de los errores de la sentencia, y una demostración de los motivos para considerar que ella es errónea, injusta o contraria a derecho (conf. Cám.Civ.Com.Quilmes, Sala II, 12/09/06, *"Quintana c/ Mansilla"*, L.L.Online;

Arazi – Bermejo - De Lázzari – Falcon – Kaminker – Oteiza – Rojas; *"Cód.Proc.Civ.Com. Pcia. de Bs.As."*, RubinzalCulzoni, T.I, pág. 487).

De todos modos y si bien existirían motivos fundados como para considerar la deserción del recurso, soy partidario -ante situaciones como las expuestas- de brindar al recurrente la posibilidad de que el órgano revisor trate sus quejas en salvaguarda de los principios del derecho de defensa en juicio, igualdad ante la ley y el debido proceso.

4.2) Anticipo que el planteo de la queja es esencialmente una postura discrepante con las conclusiones de la sentencia pero que no aparece avalada por una sólida fundamentación. Por ejemplo, la afirmación que hace la recurrente en cuanto a que son conceptos distintos la curación de una lesión física y la incapacidad física y laboral que como consecuencia de ella le puede quedar a una persona, no deja de ser una opinión o criterio personal de la parte, pero a esa opinión le falta el nexo que la misma tiene con las probanzas producidas en autos y el necesario apoyo científico. Tampoco el perito médico actuante en autos ha hecho la afirmación que

hace la parte y a la que acabo de hacer referencia.

Es de advertir que en ningún momento el perito médico ha dicho de modo claro, concreto y terminante que la secuela de la fractura de tibia derecha puede generar en el actor un resultado negativo frente a eventuales exámenes físicos. La queja lo plasma como que ello surge del dictamen

pericial médico y no es así.

Tampoco el experto ha dicho que por más que una fractura sane o se cure, la misma genera una secuela incapacitante permanente, definitiva y parcial que genera inconvenientes en el futuro. No obstante, la queja lo remarca como si así lo hubiese dicho.

Con respecto a la referencia que se hace en el agravio sobre la "confesión ficta" del representante legal de la aseguradora, ninguna fundamentación surge de la queja conducente a advertir la relevancia que la misma tiene en el punto debatido.

Del dictamen pericial médico surge que el actor tuvo *"…fractura no desplazada de tibia derecha en su tercio medio…"* (conf. fs. 215); en el examen dijo el experto que *"…El actor presenta marcha normal…"*, con respecto a la rodilla expresó que *"…muestra movilidad normal y simétrica de la misma, con maniobras para meniscos y ligamentos normales, tampoco presenta inestabilidad, ni anterior, ni posterior o lateral…"*; agregando que *"…la movilidad del tobillo derecho es normal…"* (conf. fs. 215); al tratar al examen radiológico de la pierna derecha, el perito dijo: *"…se observa callo óseo consolidado en eje, en tercio medio de tibia…"* (fs. 215 vta.) y con relación a las secuelas existentes, expresó: *"…Secuela de fractura de tibia derecha consolidada en eje…"* (fs. 216 vta.).

Se le consultó también al experto si, teniendo en cuenta que el actor trabajaba como marinero al momento del accidente, las lesiones sufridas ocasionaban algún inconveniente a los efectos de desempeñar dichas tareas normalmente; a lo que el perito respondió: *"…Sí, el trastorno de estrés post traumático es un cuadro que puede limitar sus tareas como marinero…"* (fs. 217). Advierto que el experto dio como única causal que podría limitar su actividad laboral el *"trastorno de estrés post traumático"*, nada dijo sobre la fractura de la pierna. Esto tiene relación con el punto requerido sobre las limitaciones que le provocan en su vida de relación; aquí el experto dijo que *"…tratándose principalmente de secuelas psiquiátricas, depende de cada situación…"* (fs. 217). O sea, nuevamente hizo referencia a la cuestión "psiquiátrica" sin hacer ninguna mención a la cuestión "física".

En el final del dictamen el experto dejó sentadas sus conclusiones y allí dijo que el actor *"…presenta secuelas de fractura de tibia derecha consolidada…"* (fs. 217 vta.), pero nunca refirió que dicha fractura le ocasionara al actor algún tipo de inconveniente o disminución física que justifique el otorgamiento de una indemnización por daño físico.

4.3) Corresponde destacar que no aparecen rebatidas por la recurrente las razones por las que la a quo le denegó al reclamante la indemnización por incapacidad física. La a quo ha dicho que *"…El perito médico… No indica que el actor hubiera perdido longitud del miembro inferior derecho, movilidad o que existiera desviación, que generen secuelas que puedan disminuir su capacidad vital, tanto en su proyección laboral y productiva como en su vida social, deportiva y cultural…; Frente a ello ha de presumirse que, concluida la etapa de curación, se logró el restablecimiento total de la víctima. Así, ante la ausencia de derivaciones negativas, no se advierte la existencia de daño patrimonial susceptible de ser reparado…"* (fs. 349 vta.).

He de coincidir con la decisión de la a quo -lo que me conduce a no compartir los términos del agravio- en razón de que no todo ataque contra la integridad corporal o la salud de una persona genera incapacidad sobreviniente. A tal efecto, es menester la subsistencia de secuelas que la asistencia y el tratamiento prestados a la víctima no logran enmendar o no lo consiguen totalmente, lo cual en este caso no se da (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., *"Tratado de Daños a las Personas - Disminuciones Psicofísicas"*, T. 2, pág.70, Ed. Astrea).

Si bien surge del dictamen pericial médico que el mismo le ha otorgado un 6% de incapacidad al actor por *"fractura de tibia consolidada en eje"*, no corresponde atenerse sólo a estos términos para decidir la cuestión, en razón

de que el experto no ha dado las precisiones de por qué esa fractura provoca la incapacidad que le otorga y no se cuenta con otros elementos probatorios de mayor entidad. El perito no expresó en qué consiste esa presunta incapacidad que le otorgara al actor, ni las razones por las que llega a ese porcentual, no habiendo hecho tampoco ninguna mención sobre la existencia de dificultades para caminar y/o correr por parte del reclamante o de algún otro tipo.

4.4) La determinación del valor probatorio del peritaje debe efectuarse atendiendo primordialmente a éste y apreciando los juicios del experto mediante un análisis lógico, de sentido común y experiencia. En su virtud, importa esencialmente la explicación de las conclusiones: exponer las razones, estudios y reglas científicas se erige en factor fundamental a fin de que el dictamen adquiera fuerza para arribar a convicción judicial.
De tal modo - y conforme lo expresa ZAVALA de GONZALEZ, a quien sigo en este punto- no bastaría a la luz de la sana crítica una descripción sintética de la situación lesiva que padecería la víctima, sin mayores precisiones sobre particularidades que autorizan aquel diagnóstico. No es tan relevante una precisa denominación científica y sí, más bien, el aporte de detalles que permitan comprender en sustancia la afección de que se trata y sus concretas repercusiones sobre la vida productiva e integral de la víctima. Una cosa es la índole y magnitud de la incapacidad científicamente diagnosticada y otra diferente las concretas repercusiones de dicha incapacidad. Ciertamente, los referidos porcentajes tienen gran importancia y constituyen uno de los elementos básicos para formar juicio sobre el daño y su medida. Pero deben conjugarse con otros factores, a fin de esclarecer

cómo un determinado porcentual de incapacidad gravita en la situación específica del afectado (principio de evaluación en concreto).

No se trata de que el magistrado "se aparte" de las conclusiones periciales sino de que, tomándolas como punto de partida, examine la medida en que generan un daño moral o patrimonial. Es que los peritos califican la incapacidad de manera genérica y abstracta, y los jueces, el modo e intensidad con que aquélla trasciende en la existencia productiva y total del damnificado.

Debe comprenderse que, cuando el juez mensura el daño, está ejerciendo una función diferente de la que antes cumplieron los peritos al hacer lo propio con la incapacidad; ello es así aunque aquella evaluación parta o se conecte con el presupuesto técnico de las opiniones vertidas por los expertos.

En consecuencia, no media "sustitución" ni "apartamiento" del dictamen pericial cuando el magistrado, aun en defecto de otras pruebas adversas, averigua cuál es el perjuicio que, en la específica situación de la víctima, acarrea la incapacidad dictaminada por los peritos (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., ob. cit., T.2, págs. 71 a 74).

Reitero que no todo ataque a la integridad corporal o a la salud de una persona genera incapacidad. A tal efecto, es menester la subsistencia de secuelas que el tratamiento o asistencia prestados a la víctima no logren enmendar o no lo hagan totalmente (conf. CNCiv., Sala H, 09/12/04, LL, 2005-B-439). En el caso, no se ha acreditado la existencia de una disminución de las aptitudes físicas en el actor que afecte su capacidad productiva o que se traduzca en un menoscabo a su plenitud, provocando la imposibilidad o dificultad en las actividades, productivas o no, que el sujeto solía realizar con amplitud y libertad y de allí que la queja no pueda ser oída.

Y todo este razonamiento tiene su base en que existen lesiones *subsanables*, que son las que curan sin vestigios después de la etapa terapéutica y lesiones *incapacitantes*, que son aquellas en las que no se puede corregir la integridad del menoscabo y se verifica cualquier tipo de aminoración vital.

Una lesión invalidante es desde luego jurídicamente grave, pero no toda lesión médicamente grave es incapacitante. Ello adquiere trascendencia en materia de carga probatoria, pues de un serio traumatismo no deriva siempre una merma residual posterior, lo cual depende del potencial de recuperación del afectado y de la eficacia de eventuales tratamientos a los que puede ser sometido.

Como en teoría es factible una plena rehabilitación, sin secuelas irreversibles, resulta prácticamente de rigor una prueba pericial que fundamente la configuración de la eventual incapacidad sobreviniente, ya consolidada después de la etapa inicial para curación o bien a *posteriori* de terapias aconsejables en el futuro y ello aquí no se da (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., ob. cit., T.1, págs. 89/90). La prueba -a la que se refiere la autora citada- no se produjo en autos y de allí las fundadas razones que ha tenido la a quo para decidir de la forma en que lo ha hecho en este punto, lo cual debe ser confirmado rechazándose la queja. Así lo voto.

5 – <u>Agravios de la demandada y su aseguradora</u>

5.1) En primer término, agravia a las condenadas el elevado monto fijado en la sentencia para indemnizar el "daño moral".

Se expresa en la queja que el importe de $ 80.000.- es excesivo y que si bien su fijación queda librada a la discrecionalidad del juzgador, ello no debe confundirse con arbitrariedad. Esencialmente insiste en afirmar que el

monto fijado en la sentencia es sumamente elevado y pide su notable morigeración.

5.2) En segundo lugar, la queja apunta a la condena en costas. Manifiesta que no corresponde que se impongan la totalidad de las costas a su parte dado que ha existido vencimiento mutuo. Plantea que ha existido un reclamo desmesurado en la demanda y el rechazo de rubros reclamados merece la imposición de costas por su orden o en el 50% a cada parte. Reitera que la distribución de las costas debe hacerse en proporción al éxito obtenido en el pleito y remarca que el actor demandó por la suma de $ 310.000.- y solamente prosperó por $ 80.000.- lo cual justifica su petición.

6 – Tratamiento de los agravios

6.1 – El monto idemnizatorio

Ante las expresiones vertidas en la queja, procede destacar que lo que el recurrente debe hacer en esta instancia es demostrarle al Tribunal el error cometido por la Sra. Jueza a quo al fijar el monto indemnizatorio, porqué se equivocó, porqué el monto es excesivo, porqué hubiese sido otro el monto justo o adecuado y porqué debió ser ése el importe sentenciado y no el fijado por la magistrada del inferior. Es evidente que todos estos parámetros no surgen de la pieza en tratamiento.

La realidad nos muestra que estamos sólo ante una clara disconformidad con el importe sentenciado pero no ante un agravio concreto y preciso con cabal demostración del error cometido por la sentenciante al fijar la indemnización por reparación del daño moral, que es lo que en realidad

agravia a la recurrente.

Es de toda evidencia que el apelante debió decir con claridad y corrección porqué considera injusto el monto fijado, desde que las normas regulatorias

del debido proceso que hacen a la esencia de la institución, comportan la necesidad de exhibir los fundamentos de las propias críticas como único medio de hacer posible el contralor jurisdiccional atribuible a la segunda instancia, a través de un juicio de ponderación razonable y no la simple contraposición de aserciones, cerrado en sí mismo. Debe repararse que la segunda instancia no es autónoma, ni es reconducción. Es, como norma, dependiente de lo actuado en la instancia inicial, y es revisión de su sentencia, síntesis o conclusión, a cuyo efecto requiere el elemento nuevo: la crítica de los agravios que de la misma resulten. De allí que, si -tal como aquí ocurre- faltan esas argumentaciones, carece el tribunal de alzada de la materia indispensable para confrontar los argumentos de la a quo con los que, de contrario, aduce la parte que se considere afectada y ello, precisamente, constituye la función propia del segundo grado jurisdiccional.

De considerar los apelantes que la a quo no ha sido prudente, ni fundada al estimar su daño moral, debieron aquí desarrollar toda su estructura recursiva y demostrar a este Cuerpo la solidez de su postura. No lo han hecho. Por lo tanto, lo que se encuentra en estos fundamentos es sólo "discrepancia".

En la tarea de dar una adecuada respuesta los recurrentes, he de remarcar que debió demostrar el agravio porqué razón la suma condenada es excesiva y cuál hubiese sido el monto adecuado.

En su escrito el apelante debió examinar los fundamentos de la sentencia y concretar los errores que a su juicio ella contiene en la fijación del monto indemnizatorio, del cual derivan sus quejas. Ha de repararse asimismo, que la apuntada carga procesal supone la demostración del agravio, no

correspondiendo al juzgador suplir en esa tarea al justiciable por ser un imperativo del propio interés del peticionario en un asunto que es de su exclusiva incumbencia (conf. C.N.Esp.Civ.Com., Sala III, 19/05/75, BCNEC y C. N° 7985).

Es que los agravios expuestos por todo recurrente deben alcanzar un mínimo de suficiencia técnica. Tal suficiencia se relaciona a su vez con una necesidad de articulaciones razonadas, fundadas y objetivas sobre los errores de la sentencia en la cuestión específica que estoy aquí considerando, no pudiendo considerarse agravios en los términos que las normas específicas exigen, las afirmaciones genéricas, las impugnaciones en general, el mero descuerdo con lo resuelto o simples consideraciones subjetivas y disgresiones que carezcan del debido sustento jurídico.

De allí que no pueda considerarse una verdadera expresión de agravios el escrito que sólo contiene simples afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica de lo resuelto por la jueza a quo. Es por ello que las apreciaciones personales y valoraciones sociales y económicas subjetivas o las manifestaciones de orden personal y sentimental o las afirmaciones enfáticas que no son más que simples generalizaciones, son insuficientes por sí solas para sustentar el agravio. La carga en cuestión requiere un razonamiento coherente que demuestre, a la vez, el desacierto del razonamiento contenido en la sentencia en la cuestión que se impugna; en este caso, en la fijación del monto indemnizatorio.

Es evidente el déficit de la cuestión en análisis que han planteado los recurrentes como agravio, dado que en la presentación sólo se exteriorizan generalizaciones subjetivas y disconformismo con el monto acordado, sin indicar de modo concreto dónde existe el error invocado y cuáles son los hechos y circunstancias acreditados en el proceso con virtualidad suficiente

para destruir los argumentos desarrollados por la juzgadora (conf. CNCiv., Sala A, 08/08/75, LL 1976-D, 668, sum. 2260).

La conclusión de lo expuesto es que he de proponer al Acuerdo se declare "desierto" el punto del agravio en tratamiento (conf. arts. 268, 269 CPCC).

6.2 – <u>La condena en costas</u>

Conforme con el art. 69 del CPCC, la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiese solicitado. En tal sentido, señala Farina que "las costas deben aplicarse de oficio, porque son un accesorio de la sentencia y no se hallan vinculadas con la cuestión de fondo" (FARINA, voz *Costas*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", T. VI, p. 1061).

En esta cuestión adelanto que soy de la opinión -y lo he expresado con anterioridad al votar en varios casos similares- que el principio fundamental que rige en esta materia es que debe cargar con las costas la parte que con su conducta hizo necesario el juicio. Es decir, aunque el monto de la condena no coincida con lo reclamado por la parte actora, el demandado que negó todo y obligó a tramitar todo el proceso, debe cargar íntegramente con las costas. Vencido es el demandado aunque la demanda no haya prosperado en su totalidad. De admitirse una solución contraria, el derecho que la sentencia reconoce al actor quedaría menoscabado con infracción del fundamento mismo de la institución de las costas (conf. FARINA, ob. cit., p. 1060).

"La noción de vencido, al efecto de la carga de las costas, ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio y no por un análisis aritmético de las pretensiones y los resultados. Con tal base, es notorio que las costas deben ser impuestas a la parte defendida que negó toda reparación -como lo demuestra la necesidad de este

pleitopues aun si el pedido fue exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber pagado los demandados aquello procedente" (CNCom., Sala D, 30/07/82, LL, 1982-D-465).

Sobre esta cuestión, ha dicho nuestro Máximo Tribunal Nacional: *"…el art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación consagra el principio rector en materia de costas, que encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de la derrota (Fallos: 323:3115; 325:3467), de modo que quien pretenda exceptuarse de esa regla debe demostrar acabadamente las circunstancias que justificarían el apartamiento de ella (Fallos: 312:889; 329:2761)…de la regla general se desprende que quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho, y la existencia de jurisprudencia o doctrina discrepante… no resulta ser razón suficiente para apartarse del principio objetivo de la derrota". "…por otra parte, la exención de costas a la vencida sin apoyarse en elementos fácticos y jurídicos suficientes puede redundar en un injustificado aumento de la litigiosidad, puesto que, indirectamente, se incentiva la promoción de pleitos sin sustento legal, en los que bastaría citar alguna doctrina o jurisprudencia discordante para no tener que soportar los gastos del proceso"* (C.S.J.N., 10/04/2012, B. 638. XLVI, Rec. de Hecho, *"B., M.L. c/ E., S. y Otros s/ Simulación"*).

Advierto que en la queja en tratamiento los apelantes pretenden exceptuarse de la regla que fija la norma del art. 69 del ritual sin demostrar acabadamente las circunstancias que justifican apartarse de ella. Por otra parte, al contestar la demanda (fs. 63 y 80.) ambos solicitaron el rechazo de la misma y obligó a tramitar todo el proceso para que la parte actora obtenga el reconocimiento de su derecho. No veo, entonces, que corresponda hacer una excepción al principio general que rige en la materia y de allí que propongo al Acuerdo rechazar el agravio en análisis y confirmar

lo dispuesto en la sentencia en crisis sobre el punto (conf. esta Cámara, in re: *"Fundación de Actividades Universitarias c/ Giovanetti, E. y/u Otro s/ Cobro de Pesos"*, 18/05/2012, Reg. N° 16/12, entre otros).

7 – Costas de la Alzada

Corresponde imponer las costas de la Alzada de la siguiente manera: **a) por el recurso interpuesto por la parte actora:** se imponen a la recurrente en su calidad de vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados de la demandada y citada en garantía, en conjunto, Dres. R. J. L. y J. M. F. C., en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los de los letrados patrocinantes de la parte actora, en conjunto, Dres. B. E. M. y R. E. P. F., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder; y **b) por el recurso interpuesto por la demandada y su aseguradora:** se imponen a las recurrentes en su calidad de vencidas (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado, Dr. R. J. L., en el 25% de los que le correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (co0nf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por los apelantes, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada y en el mismo orden propuesto por el Dr. Heraldo Fiordelisi.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que se exponen.

2. <u>Tratamiento de los agravios de la parte actora</u>.

Cuestiona la parte actora que no se admitiera la incapacidad física que reclamara en su demanda.

En la sentencia la magistrada señaló que las lesiones del actor se encuentran acreditadas con las constancias incorporadas en la copia de la Historia Clínica del actor, fs. 166/174, del Hospital Dr. O. P. B., de Sierra Grande, Provincia de Río Negro, la que señala las lesiones padecidas al momento del accidente.

Luego expuso las conclusiones de la pericial médica de fs. 215/217 y dentro de ellas que, al momento del informe, presenta secuelas de fractura de tibia derecha consolidada en eje, cicatrices en cuero cabelludo, en labio superior derecho y pierna izquierda y trastorno de estrés post traumático, asignando un grado de incapacidad del 34,36 %, correspondiente el 6% a fractura, el 14,36% a cicatrices y 15 % al TEPT.

En lo que es materia de concreto agravio dijo que "*el perito médico a fs. 215 indica que el actor presenta marcha normal como también lo es la movilidad del tobillo derecho. Es más, en cuanto a la radiografía realizada antes del examen, el 15/11/11, informa que se advierte callo óseo consolidado en eje, en tercio medio de*

tibia. No indica que el actor hubiera perdido longitud del miembro inferior derecho, movilidad o que existiera desviación, que generen secuelas que puedan disminuir su capacidad vital, tanto en su proyección laboral y productiva como en su vida social, deportiva y cultural (Conf. Tanzi, Silvia "Rubros de la cuenta indemnizatoria de los daños a la persona". Hammurabi José Luis Depalma. Editor). Frente a ello ha de presumirse que, concluida la etapa de curación, se logró el reestablecimiento total de la víctima. Así, ante la ausencia de derivaciones negativas, no se advierte la existencia de daño patrimonial susceptible de ser reparado, sin perjuicio de ponderar las lesiones antes señaladas y curadas, a los fines de resarcir el desmedro espiritual que las mismas generaran en el Sr. P., ello al momento de determinar el monto correspondiente a Daño Moral."

Al tiempo de fundamentar su agravio, la parte pone como conclusiones del perito circunstancias que no son tales.

No tengo dudas que la jueza en el caso no es médica ni tampoco lo somos quienes integramos esta Cámara pero como bien cita la parte en su agravio, estamos en condiciones de analizar los informes periciales desde lo lógico y lo jurídico y al sentenciar todo juez lo hará con ponderada cautela, guiándose por un esquema racional que le permitirá, a la luz de las reglas de la sana crítica que impone el art. 390 del CPCC, calibrar y establecer el mérito de la referida prueba científica.

A riesgo de reiterar alguno de los argumentos del Dr. Fiordelisi, diré que no existe confusión en la magistrada de grado entre la incapacidad sobreviniente y la cura de las lesiones.

De la lectura del informe surge que el actor presenta marcha normal, el examen semiológico muestra movilidad normal y simétrica de la misma (se entiende rodilla), con maniobras para meniscos y ligamentos normales, tampoco presenta inestabilidad ni anterior ni posterior o lateral y las

maniobras para evidenciar derrame intraarticular son negativas, los reflejos de los miembros inferiores y la sensibilidad esta conservada. La movilidad del tobillo derecho es normal.

Hasta aquí lógicamente no se advierte incapacidad alguna.

Luego el perito ingresa a consideraciones médico legales respecto del estrés postraumático o TEPT y se extiende sobre la cuestión.

Señala la existencia de secuela de fractura de tibia derecha consolidada en eje y otorga una incapacidad del 6 % conforme el baremo de Altube Rinaldi.

A fs. 217 dará respuesta a los puntos periciales. Preguntado si las lesiones sufridas por el actor en el accidente podría ocasionar algún resultado negativo frente a eventuales exámenes físicos y/o perfiles sicológicos y/o exámenes preocupacionales a los que deba someterse para conseguir un nuevo empleo, contestó que *" Si, estas secuelas indudablemente pueden limitar al empleo*"; luego a la pregunta *"Si teniendo en cuenta las tareas laborales desempeñadas por el actor al momento del accidente (marinero), informe si las lesiones sufridas ocasionan algún inconveniente a los efectos que el demandante pueda desempeñar dichas tareas normalmente "* contesta que sí, aludiendo que el estrés postraumático es un cuadro que puede limitar sus tareas como marinero. Esto es no alude a cuestión física en su valoración para la actividad productiva del actor.

Luego dijo que P. no fue sometido a ninguna intervención quirúrgica y que tratándose principalmente de secuelas psiquiátricas, depende de cada situación. Esto es ninguna vinculación le otorga el perito a la secuela de fractura de tibia consolidada, a la vida de relación del actor.

Estas conclusiones periciales, valoradas conforme las regla de la sana crítica llevaron a la magistrada de grado a sostener que *"no se advierte la existencia*

de daño patrimonial susceptible de ser reparado", sin perjuicio de ponderar las lesiones señaladas y curadas, a los fines de resarcir el daño moral.

No advierto en el agravio argumentos para refutarlas y descarto toda relevancia de la confesión ficta del representante legal de la demandada en el punto en cuestión y que deba ser merituado en esta sede.

El recurrente solo la menciona como si ello fuera suficiente alegación de agravio, prescindiendo que la eficacia de la confesión ficta debe ser apreciada teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y demás prueba producida, lo que no si quiera se empeña en evidenciar.

La incapacidad es la dificultad apreciable en algún grado para la realización de funciones vitales, por ello, y tal como señala el magistrado que me antecede en el voto, no todo ataque contra la integridad corporal o la salud de una persona genera incapacidad sobreviniente.

Es necesario acreditar la gravitación negativa que las secuelas del accidente tienen para la víctima.

Desde esa perspectiva, los porcentajes de incapacidad fijados en los peritajes constituyen un medio útil para la apreciación de la entidad del daño, más sólo tienen un valor relativo, por lo que los jueces debemos, con sustento en las circunstancias personales del damnificado, valorar principalmente las secuelas físicas, psíquicas o estéticas que surgen descriptas por el experto que importen una disminución en la capacidad

vital de la víctima.

Tengo presente también que "*Los porcentajes de incapacidad fijados por los expertos constituyen sólo pautas a los fines de la cuantificación del daño, pues lo que realmente resulta de vital importancia es el modo en que las secuelas afectan a la víctima para desarrollar los diversos actos de la vida cotidiana, considerando*

tanto la faz laboral como la vida de relación del individuo ya que la indemnización en sede civil tiende a la integralidad."

Con el informe pericial cumplido, tengo clara la incidencia que tanto en su vida productiva y relacional tuvo el estrés postraumático al accidente, pero no siguió el perito médico un desarrollo lógico del que pueda inferir que la fractura de tibia consolidada en eje, se proyecta concretamente en la existencia dinámica del actor.

No explicitó el perito defecto de consolidación de la fractura, ni alteraciones ni dificultades en la locomoción o marcha ni constató limitaciones funcionales o complicaciones de las que pueda inferirse un daño físico que deba ser indemnizado, en definitiva no expresa concretamente en qué consiste esa presunta incapacidad, ni mucho menos cómo llega a ese porcentaje que no sea una tabla de baremos, que no es más que una pauta para el juzgador y al que no se vinculan.

La magistrada de grado, se pronunció en concreto respecto a la ausencia de incidencia de la fractura consolidada en la vida productiva y de relación de la víctima y ello no significa que se apartó de lo dicho en la pericia sino que en base a ella, determinó que en el caso concreto, no se había acreditado la existencia de daño patrimonial susceptible de ser reparado.

Así *"Fuera de erigirse en apertura y cierre de la responsabilidad resarcitoria, el daño es requisito axiológicamente preponderante (centro de gravedad) y auténticamente imprescindible (a diferencia por ejemplo, de la antijuricidad): interesa prevalecientemente el detrimento injustamente sufrido, lo cual equivale a prestar particular atención a la situación de la víctima de un perjuicio inmerecido, más que al origen del deber del responsable. Al margen de ello, nunca debe olvidarse que la delimitación del daño resarcible también tutela al obligado, pues circunscribe el alcance de su deber resarcitorio. (…) Cuando el ordenamiento se orienta a brindar*

una reparación, no puede establecerse una separación tajante entre el "daño" y su potencialidad – o no-como "resarcible". Ésta no constituye eventual y ulterior "complemento" de aquél, sino "condición tajante" o "soporte integrativo" para resolver cualquier efecto jurídico dentro del presente sistema" (Zavala de González "Tratado de Daños a las Personas. Disminuciones psicofísicas" Tomo 1 pág. 2/3; Ed. Astrea, 2009).

Como consecuencia de lo expuesto, la parte actora no logró rebatir en forma idónea la ausencia de daño como presupuesto del reclamo indemnizatorio por daño físico incoado y debe rechazarse su apelación.

3. <u>Tratamiento de los agravios de la parte demandada y su aseguradora</u>.

3.1

El primer agravio está dirigido a cuestionar el monto de condena en indemnización por la suma de $ 80.000 y que a su criterio resulta excesiva.

Ya hemos señalado en anteriores pronunciamientos que no es suficiente criticar los montos indemnizatorios consignando que los mismos resultan excesivos teniendo en cuenta las particularidades de la causa, y en el caso no puedo soslayar que el agravio refiere a la indemnización en general pero concentra sus argumentos para cuestionar la indemnización por daño moral, cuando concretamente para el rubro se reconoció la suma de $ 50.000.

La determinación de la cuantía de este tipo de reparaciones resulta una tarea harto difícil, máxime por cuanto reviste para los magistrados un acto discrecional y prudencial, sustentado en la valoración de los datos que arroja la causa y no una misión objetiva susceptible de ser llevada a cabo a través de la directa aplicación de parámetros o cánones prefijados.

La parte no cuestiona el reconocimiento del daño moral que tiene por objeto reparar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen valor fundamental en la vida del hombre y que son la tranquilidad espiritual, la libertad individual, la integridad física y que reconocen en su génesis, el accidente sufrido por el Sr. P. Confrontados los argumentos expuestos por la señora jueza con aquel otro que el apelante introduce en su expresión de agravios, se advierte que ésta no satisface los requisitos impuestos por el art. 268 CPCC como una carga que el recurrente debe cumplir para la suficiencia técnica del escrito impugnatorio.

Es que ni siquiera ha intentado rebatir las ideas dirimentes dadas en la sentencia de grado, no se hace cargo de los sufrimientos espirituales de P. y luego de señalar que no puede objetivamente cuestionar la valoración de la magistrada, requiere a la Cámara que revise el monto otorgado sobre los mismos parámetros que contaba la magistrada de grado, solicitando su morigeración.

Este insuficiente desarrollo de las impugnaciones veda a la Alzada la revisión de este aspecto de la sentencia atacada. La expresión de agravios debe consistir en una articulación seria, que patentice concreta, objetiva y fundadamente los pretensos errores del fallo recurrido, demostrándolos punto por punto.

La función esencial de esta Cámara consiste en confrontar los argumentos del juez de grado con aquellos otros que, de contrario, aduce el recurrente, de modo que ante la ausencia de concretos y razonados agravios queda la Alzada desprovista del material indispensable para el desarrollo de su labor y el recurso debe declararse desierto en el punto (art 269 del CPCC).

3.2. Cuestiona la demandada la imposición de las costas, estimando que el rechazo de algunos rubros del daño patrimonial autorizaba la aplicación del art. 72 del CPCC. (menciona al art. 71 numeración antes del DJ)

Esta Cámara de Apelaciones en autos "P., N. M. c/F., V. A. y otro s / DAÑOS Y PERJUICIOS" SDC N°18/ 11, formó criterio al que luego adherí (SDC N°57/11) por el cual en los procesos por daños y perjuicios las costas, dada su naturaleza resarcitoria deben ser impuestas a la vencida aunque la demanda no prospere íntegramente, ya que la condena en costas forma parte de la indemnización.

Es que el responsable del daño experimentado, quién no asumió o dio cumplimiento a su obligación resarcitoria, es el que ha dado lugar a la promoción del juicio y por lo tanto, los gastos efectuados por la víctima para obtener el reconocimiento de su derecho deben recaer sobre el autor de la conducta ilícita, de lo contrario el resarcimiento concedido, que tiene como finalidad producir el equilibrio patrimonial, no dará satisfacción a él, sino que se verá disminuido en la medida de las costas y será en tal proporción que la reparación no será integral. *"Aunque no se haya declarado la procedencia de todos los rubros indemnizatorios reclamados en la demanda, ello no obsta a que las costas de primera instancia se impongan a la accionada. Ello, toda vez que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, ya que aunque la suma reclamada no fuera acogida en su totalidad, la litis resultó igualmente necesaria para el progreso de la acción y las indemnizaciones que correspondiere otorgar*."(Gorocito, Jorge Marcelo vs. Alderete, Javier Ignacio s. Daños y perjuicios. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial 1ª Nominación, Santiago del Estero, Santiago del Estero; 30-04-2010; Rubinzal on line; RC J 14921/10).

No está de más señalar que el fundamento de la institución de las costas y su principio esencial es el hecho objetivo de la derrota en la contienda judicial y actúa como un medio de obtener que el derecho controvertido sea reconocido en su integridad y con la finalidad de que el vencedor obtenga un cabal resarcimiento de los gastos que le ocasionó el litigio, o lo que es lo mismo, que el derecho salga incólume del pleito. *"Aunque la sentencia haga lugar parcialmente a la pretensión, de igual manera el demandado no pierde su condición de vencido a los efectos de la distribución de las costas, porque si la acción prosperó siquiera en una parte, ya indica que hubo razón para litigar, obligándolo al acreedor a pedir en justicia el reconocimiento de sus derechos. Además, en los procesos de daños y perjuicios, las costas se consideran parte integrante de la indemnización debida a quien ha sufrido el daño, aunque la indemnización no sea acogida en su plenitud"*. ("Espinosa, Carlos Alberto vs. Vera, María Graciela s. Daños y perjuicios "Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería Sala 1, San Juan, San Juan; 03-06-2010; Rubinzal on line; RC J 14612/10).

Por ello el agravio debe rechazarse.

4.

<u>Las costas:</u>

Conforme el resultado de sendos recursos, no existe mérito para apartarme del principio general y las costas deben imponerse a los recurrentes vencidos (art.69 del CPCC).

En cuanto a los honorarios de los profesionales que intervinieron en la Alzada, el Dr. Fiordelisi ha estimado los mismos, desdoblando la actuación cumplida para sostener cada recurso y en su caso la réplica. Por lo que considerando el mérito y resultado obtenido, los porcentajes propuestos aplicados sobre los que se determinen en la instancia de grado, se ajustan a

las pautas arancelarias del art. 5, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera.

Voto a la primera cuestión por la **AFIRMATIVA**.

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

Los Dres. B. E. M. y R. E. P. F.,
patrocinantes de la parte actora, han interpuesto recurso de apelación por considerar bajos los honorarios regulados en la primera instancia, fundando oportunamente su presentación recursiva.

Haciendo una evaluación sobre la naturaleza y complejidad del proceso, el resultado obtenido, como así también el mérito, la eficacia y extensión del trabajo cumplido por los recurrentes, considero que la regulación de sus honorarios debe ser elevada y fijarse para ambos conjuntamente en el 18% del monto del proceso, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 6, 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 **NEGATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

Los letrados patrocinantes de la parte actora B. M. y R. P. F., apelaron a fs. 360 sus honorarios por bajos.

Para fijar los honorarios la señora jueza ha tenido en cuenta el conjunto de pautas expresamente previstas en el régimen arancelario y que puede ser

evaluadas por los jueces con un razonable margen de discrecionalidad, entre las que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, el mérito de la causa, la calidad, eficacia y extensión del trabajo, entre otros aspectos.
Reexaminada la labor profesional y realizados los cálculos pertinentes debe concluirse que el porcentaje establecido no refleja la importancia y extensión de los trabajos cumplidos por los abogados patrocinantes, por lo que cabe reajustarlos en el 18 % del monto del proceso que resulte, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera. (arts.
5, 6, 7 y cctes. de la ley arancelaria).
Voto a la segunda cuestión por la **NEGATIVA**.

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

De compartir mi colega de Cámara los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente: **1) CONFIRMAR** la sentencia dictada en la primera instancia en todo lo que ha sido materia de agravios.
2) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente manera: **a) por el recurso interpuesto por la parte actora:** se imponen a la recurrente en su calidad de vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados de la demandada y citada en garantía, en conjunto, Dres. R. J. L. y J. M. F. C., en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los de los letrados patrocinantes de la parte actora, en conjunto, Dres. B. E. M. y R. E. P. F., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder; y **b) por el recurso interpuesto**

por la demandada y su aseguradora: se imponen a las recurrentes en su calidad de vencidas (art. 69 CPCC), regulándose los honorario de su letrado, Dr. R. J. L., en el 25% de los que le correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

3) REVOCAR la regulación de honorarios practicada en la primera instancia a favor de los Dres. B. E. M. y R. E. P. F. y **REGULAR** los mismos para ambos conjuntamente, en el 18% del monto del proceso, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 6, 38 y concs.

Ley XIII N° 4 y modificat.).

4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

A LA TERCERA CUESTIÓN, la Sr. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

Conforme el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Heraldo E. Fiordelisi.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos vocales por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de marzo de 2017.

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** la sentencia dictada en la primera instancia en todo lo que ha sido materia de agravios.

2) **IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA** de la siguiente manera: **a) <u>por el recurso interpuesto por la parte actora</u>:** se imponen a la recurrente en su calidad de vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados de la demandada y citada en garantía, en conjunto, Dres. R. J. L. y J. M. F. C., en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los de los letrados patrocinantes de la parte actora, en conjunto, Dres. B. E. M. y R. E. P. F., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder; y **b) <u>por el recurso interpuesto por la demandada y su aseguradora</u>:** se imponen a las recurrentes en su calidad de vencidas (art. 69 CPCC), regulándose los honorario de su letrado, Dr. R. J. L., en el 25% de los que le correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

3) **REVOCAR** la regulación de honorarios practicada en la primera instancia a favor de los Dres. B. E. M. y R. E. P. F. y **REGULAR** los mismos para ambos conjuntamente, en el 18% del monto del proceso, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 6, 38 y concs.
Ley XIII N° 4 y modificat.).

4) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE** y oportunamente, **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /17 SDC. CONSTE.