En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los diez días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, se reúne en acuerdo la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en esta ciudad, con la presidencia del Dr. Fernando Nahuelanca y asistencia de la primera vocal Dra. Verónica Daniela Robert y de la segunda vocal Dra. M. F. Zanatta (tribunal designado según lo establecido en los arts. 5, 6 y 8 del Acuerdo 15/21/CACR), para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C., E. C. c/ V., C. O. y otros s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 131/22**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 110/17), y atento al resultado del sorteo de fecha 14 de septiembre de 2022 (art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. M. F. Zanatta, Dra. Verónica Daniela Robert y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la Sentencia nro. 40/21 de fecha 15 de diciembre de 2021? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a los Sres. C. O. V. y A. A. V. a abonar al actor, la suma de pesos $1.016.000 en concepto de incapacidad sobreviniente, gastos médicos, kinesiológicos y de farmacia, tratamiento psicológico lucro cesante y daño moral. Hizo extensiva la condena a la aseguradora “S. B. R.”. Impuso las costas a los demandados vencidos. Reguló los honorarios profesionales.

1. *Los recursos*:

Interpusieron recursos de apelación los demandados y la citada en garantía y el actor mediante escritos electrónicos ID 528242 y 533505 respectivamente.

2. *Agravios*:

Los demandados y citada en garantía mediante escrito electrónico ID 627580 cuestionan: a) el *quantum* de la partida indemnizatoria otorgada por incapacidad sobreviniente; b) la tasa de interés fijada; c) el *quantum* dado por daño moral d) la procedencia del lucro cesante y e) los honorarios regulados al perito psicólogo por considerarlos exorbitantes.

La parte actora contestó mediante escrito electrónico ID 646881.

A través de escrito electrónico ID 629062, la actora expresó agravios sin que hallaran respuesta de la contraria.

El actor recurrente cuestiona: a) el *quantum* de las partidas indemnizatorias otorgadas por la jueza *a quo* –incapacidad sobreviniente, lucro cesante y daño moral-; b) la omisión y el rechazo de los rubros pérdida de chance, gastos de movilidad y tratamiento quirúrgico futuro peticionados, c) la tasa pura de interés fijada y d) la omisión de tratamiento sobre el pedido de actualizar el límite de cobertura formulado al alegar.

En primer lugar se refirió a la indemnización fijada por incapacidad sobreviniente por varios motivos: a) porque no tuvo en cuenta que el actor realizaba tareas de albañil y lo catalogó como persona pasiva sin considerar esos ingresos al momento de cuantificar la partida. Propone el cálculo tomando en cuenta el salario de un oficial de zona B que surge de la página del

sindicato respectivo (U.) y que en el mes de marzo ascendía a $398,22, un jornal de 8 h ($3.185,76) por 30 días arroja un mensual de $95.572,80, correspondiendo un cálculo líneal y directo de 13 salarios anuales luego de 6 meses del siniestro (que corresponde a lucro cesante) hasta los 76 años actuales. A ese total aplicarle el porcentual de incapacidad determinado. b) Agrega además un 20% en concepto de repercusión que tal incapacidad produce en la vida de relación y c) solicita tasa pura del 12% anual desde la fecha del hecho citando un antecedente en el que me pronuncié en tal sentido.

Como segundo agravio añade que para alcanzar la reparación integral, debe ser indemnizada la incapacidad psicológica. Acusa apartamiento injustificado del dictamen pericial que estableció que el actor padece duelo patológico que afectó su salud psíquica generándole una incapacidad del 30%. Transcribe párrafos de la pericia y aporta su propia ameritación de la misma. Insiste en que no se ha dado ningún valor, ni dentro de la partida de daño extrapatrimonial, a la incapacidad psicológica determinada por el perito. A ello agrega que tampoco se consideró que el accionante es mayor adulto merecedor de tutela convencional.

Por ultimo efectuó los cálculos que según el salario actual que postula, y periodo estimado corresponde asignar a la partida.

El tercer agravio esta constituido por la insignificancia que considera que se le asignó a la partida lucro cesante de $70.000. Se queja de que la jueza no haya tenido por demostrados los ingresos del actor, ni los trabajos que no pudo realizar, ni la

constancia de inscripción en AFIP, ni el espacio temporal de 24 meses.

Refiere que se acreditó por testimonios, el tipo de lesiones y los tratamientos recibidos en 6 meses de convalecencia. Con relación a los ingresos reiteró lo ya propuesto para calcular la incapacidad sobreviniente y refirió a antecedentes de la anterior Sala B de esta Cámara para así proceder.

El cuarto agravio refiere al rechazo del rubro pérdida de chance. Entiende que probado que el actor realizaba tareas de albañilería y que después del accidente, se encuentra limitado para realizar esfuerzos con el miembro superior izquierdo, con limitación parcial y permanente, no es posible rechazar el rubro con sustento en la falta de prueba de los montos que percibía, pues no hay dudas, dice, que las consecuencias privaron y limitaron las posibilidades del actor respecto de la obtención de beneficios económicos en virtud de actividades lucrativas que demanden esfuerzo físico como las de albañilería que realizaba.

El monto indemnizatorio establecido para reparar el daño extrapatrimonial constituye el quinto agravio –aunque esta numerado como 4-. En primer lugar acusa falta de fundamentación y de vinculación con el caso. Señala que al fijarlo en la suma de $300.000 no se dieron razones, dice, de cómo se llegó al monto determinado impidiendo conocer la ponderaciones que realizó y sin valorar razonablemente la magnitud de los padecimientos espirituales y el poder adquisitivo de las sumas otorgadas. Solicita que deberá fijarse en no menos de $900.000 sin que resulte limitante el monto estimado en la demanda en orden al tiempo transcurrido, toda vez que

se utilizó la fórmula lo que “resulte en más o en menos de la prueba a rendirse”.

La sexta queja está constituida por la omisión de indemnizar los costos de fisiokinesioterapia y los de drenaje quirúrgico, que no considera incluidos dentro del rubro gastos médicos, kinesiologicos y de farmacia sin alusión concreta a tales sumas según la estimación de los puntos periciales no controvertidos por la demandada.

El séptimo agravio está dado por la omisión de indemnizar los gastos de movilidad que se reclamaron junto con los médicos y de farmacia al promover la demanda.

En octavo lugar se alza contra la omisión de indemnizar el tratamiento quirúrgico futuro, toda vez que la pericia médica dejó abierta la posibilidad de que ante la progresión de las limitación por degeneración articular será necesario un tratamiento quirúrgico y posterior rehabilitación que puede insumir entre $100.000 y $200.000 más la rehabilitación. Solicita que se estime en uso de las facultades discrecionales aun cuando no hay certeza de que será realizada alguna de estas intervenciones, pero en la necesidad que sea reconocido.

La tasa de interés pura del 6% desde la fecha del hecho hasta el dictamen para el rubro de tratamientos terapéuticos es el noveno agravio. Peticiona que sea la del 12% con fundamento el idéntico antecedente que refiere sobre el mismo punto en el agravio relativo a la incapacidad sobreviniente.

El décimo y último agravio es la omisión de expedirse respecto del pedido de actualizar el límite

de cobertura formulado al alegar. Indica que el planteo resultó temporáneo porque se funda en circunstancias de hecho de público conocimiento y padecimiento y que han ocurrido por el mero transcurso del tiempo de tramitación de este proceso y que no deben pasarse por alto. Sobre todo la posibilidad de lucrar con las sumas que debían ser destinadas al siniestro por parte de la citada en garantía

A fin de concentrar el tratamiento de las cuestiones y facilitar la lectura, haré un breve relato del contexto fáctico procesal en el que se dictó la sentencia y luego detallaré las críticas de la recurrente.

3. *Antecedentes*:

El día 22/11/2014 en momentos en que el actor descendía de su camioneta Ford Ranger en la calle T. L. nro. X. aproximadamente, cuando fue a esperar a su pareja que trabajaba en ese domicilio, producto de un impacto que sufrió su vehículo, fue aprisionado con la puerta y cayo despedido violentamente golpeando contra un cantero.

El impacto le ocasionó fractura de omoplato izquierdo y traumatismo en su pierna izquierda (se le puso morado (hematoma) y luego debió ser drenado), traumatismos superficiales en la cabeza. Recibió tratamiento conservador con inmovilización por cuatro semanas y rehabilitación de 20 sesiones aproximadamente. Requirió tratamiento analgésico y antinflamatorio. Ostenta una incapacidad física del 25% por la limitación parcial y permanente para realizar actividades que demanden esfuerzo con el brazo izquierdo.

Por tales daños reclamó a) indemnización por incapacidad física sobreviniente denunciando que estaba jubilado y que realizaba diariamente trabajos de albañilería que se vio impedido de continuar. También solicitó que se integre a la incapacidad sobreviniente el daño psíquico por alteración o modificación patológica del aparato psíquico, conviviendo diariamente con un marcado estrés con afectación de su conducta y en el desarrollo de su vida social sobre todo dentro de su ámbito familiar, b) gastos médicos, kinesiológicos, de farmacia y movilidad, pasados y futuros por la suma de $60.000, c) tratamientos terapéuticos pasados y futuros como consecuencia de las lesiones estimándolos en una suma no inferior a $100.000, d) lucro cesante, toda vez que se vio impedido totalmente de realizar tareas lucrativas por 24 meses desde el accidente hasta la fecha de la demanda, denuncio un ingreso mensual de $30.000 e) pérdida de chance, toda vez que no puede seguir desempeñándose como albañil y ve frustrada la esperanza de obtener beneficios económicos futuros, cuantificándolo en una suma no inferior a $500.000, f) tratamiento psicológicos y/o terapéuticos, refirió que siente temor por el solo hecho de salir a la calle, experimentando alteraciones nerviosas, sudoración en las manos, exaltación por cualquier ruido exterior en una suma no inferior a $76.800, considerando el valor actual de una sesión con psicólogo y por un tiempo no inferior a un año con frecuencia de dos veces por semana y sin perjuicio de lo que recomiende el perito psicólogo y g) daño moral en no menos de $600.000.

La sentenciante otorgó por incapacidad sobreviniente la suma de $500.000; $50.000 por gastos médicos, kinesiológicos y de farmacia; $70.000 por lucro cesante; $96.000 para atender al tratamiento psicológico y $300.000 por daño extrapatrimonial.

Rechazó la pérdida de chance.

4. *Análisis de los agravios.*

Incapacidad sobreviniente:

Apelan este rubro tanto los demandados y citada en garantía como el actor, quejándose los primeros por elevada su cuantificación y el segundo por exigua y violatoria del derecho constitucional a la reparación plena.

La parte demandada postula que debe calcularse la indemnización a valores del momento del hecho, ya sea por la jubilación mínima o el SMVM correspondiente al momento del hecho. Efectúa cálculos y concluye que la suma de $500.000 otorgada por la sentenciante es desproporcionada.

La extensa crítica del actor refiere principalmente a la reparación plena y la necesidad de indemnizar considerando los valores actuales. Pero no explicó al demandar como arribaba a la suma de $900.000 que solicitó por rubro incapacidad física como tampoco los $300.000 por daño psicológico patológico que reclama. Tampoco dijo nada el recurrente en relación al señalamiento efectuado respecto de los ingresos denunciados percibidos como albañil. Al mes de julio de 2015, 8 meses después del evento denunció percibir por sus trabajos como albañil la suma de $15.000 mensuales y al momento de interponer la demanda, en noviembre de 2016 la suma de $30.000. Por su parte la sentenciante,

a la hora de cuantificar la indemnización por incapacidad sobreviniente de una persona adulta mayor que percibía jubilación, invocó el criterio que he sostenido en casos análogos (S.D. "CyC nro. 38/2017; 40/2019; 12/20 entre otras).

Tales extremos impiden que se pueda establecer coherencia o correlación con la pretensión recursiva en este punto.

Por otro lado, y aun en su segundo agravio, la crítica del recurrente remite a la consideración del principio de reparación plena y entiende en tal sentido, y así lo peticionó al demandar, que se contemple el daño psicológico sufrido por el actor. A tal fin peticionó pericia psicológica y considera que la desestimación de la misma por la sentenciante es arbitraria.

Los dos agravios los trataré conjuntamente.

Y vale señalar entonces, a fin de comenzar el análisis, que el derecho a la reparación integral del daño tiene base constitucional en el art. 19 de la CN, y lo receptaba el Código Civil a partir de la reforma de 1968 y lo reafirma el art. 1740 CCCN en absoluta consonancia con los preceptos internacionales.

Y aunque los ancianos o adultos mayores, no estaban mencionados en el texto originario de la Constitución argentina sancionado en 1853, la reforma de 1994 entre las facultades del Congreso introdujo la de "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las

mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad" (art. 75, inc. 23).

Particularmente la incapacidad física sobreviniente parcial y permanente o el daño a la salud de una persona de edad avanzada está contenido en numerosas disposiciones del plexo convencional incorporado al art. 75, inc. 22, CN: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 establece que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social. El título XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes Humanos de 1948 dice: "Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia". Con un criterio más amplio, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: "Toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad" (art. 25). El Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 enumera los mismos parámetros normativos y remarca que el Estado se obliga a proveer los recursos necesarios "hasta el máximo de que disponga" (Kemelmajer de Carlucci, Aida, "La personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la

ancianidad?", publicado en internet, página web. http://www.scielo.cl).

Sentado ello, en el marco de los agravios de ambas partes, primero me dedicaré a determinar la base de cálculo a utilizar para cuantificar la partida y luego atenderé al grado e integración de la incapacidad sobreviniente a determinar.

A diferencia de las anteriores oportunidades en que me pronuncié sobre la indemnización por incapacidad sobreviniente en adultos mayores que percibían haber jubilatorio sin sufrir merma alguna en la capacidad de generar ingresos como consecuencia de la incapacidad provocada por el accidente, el aquí actor dijo que trabajaba en la construcción y que debió dejar de hacerlo por las secuelas del accidente motivo de estos actuados.

Es cierto que los testimonios no son categóricos, pero, en mínima medida, logró acreditar a través de testimonios que hacía "changas los fines de semana" (testigo D. B.) y "laburos chicos" de mantenimiento y construcción (testigo B. O. N. que tiene conocimiento porque se lo contó la señora de C.), "se dedicaba a la "construcción".

Asimismo, el informe social agregado en los autos: "C., E. C. c/ V., A. A. y otros s/ Beneficio de Litigar Sin Gastos", que tengo ante mi vista, da cuenta de que se dedica a la venta ambulante en el rubro gastronómico "desde hace años", sin mencionar que se dedicó a ello por la incapacidad que le ocasionó el accidente para su actividad de "constructor", ni tampoco el tiempo a que

se refiere con “hace años” teniendo en cuenta que el informe data de dos años posteriores al hecho.

Es decir, pese a ser jubilado acreditó mínimamente tener actividad lucrativa aunque no sus ingresos, y de allí que no quepa aplicar sin más el criterio utilizado por la sentenciante siguiendo el que en otros casos sostuve.

Pero tampoco es admisible el cálculo que ahora solicita, pues pretende como base de cálculo el jornal de un oficial de la construcción que trabajaría 8 horas diarias los 30 días del mes. Es absolutamente improbable que una persona de 69 años, jubilada, trabaje 8 horas diarias y que continuara trabajándolas hasta la actualidad. Tal extremo no resultó acreditado en la causa para desvirtuar la presunción que implica la edad jubilatoria de los hombres –establecida en los 65 años- justamente porque el trabajador ve reducida sus posibilidades de realizar plenamente su actividad habitual, por lo cual requiere disminuir el ritmo de ella. Aun cuando no se desconozca la realidad cotidiana, que por la insuficiencia del haber jubilatorio, muchos trabajadores continúan parcialmente en actividad.

Tampoco resulta de aplicación el antecedente de esta Cámara que cita el recurrente (anterior Sala B SD “CyC nro. 16/18), pues en ese caso, el actor se encontraba trabajando para la Empresa M. I. O. y S. SRL realizando tareas de soldador con recibos de sueldo obrantes en la causa, lo que permitió recurrir a la escala salarial de U. para el cálculo de la indemnización al momento de la sentencia.

Se impone entonces la elección del SMVM para poder cuantificar el daño sufrido, frente a la falta de prueba

de ingresos y nivel de vida del actor, quien necesariamente debió arrimar pruebas que además de acreditar su oficio (changas, rubro gastronómico o trabajos de construcción), permitieran conocer el valor medio de sus entradas (*cf*. STJCh SD 3/16; 24/2001, 20/SRE/00 y 45/94, entre otras).

El principio de reparación plena, íntegra o justa es una de las grandes columnas sobre las que se asienta el sistema de la responsabilidad civil cuya regla fundamental es que el daño sea fijado al momento de la decisión sin perder de vista los criterios de realidad económica. Asimismo, es pilar fundamental que la indemnización no debe ser inferior al perjuicio, que la apreciación debe formularse en concreto y la reparación no debe ser superior al daño sufrido (Pizarro, Ramón, D., "El principio de la reparación plena del daño. Situación actual. Perspectiva", Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1998, cit. por Galdós Jorge Mario, en glosa al art. 1740 en CCC de la Nación dir. por Ricardo Luis Lorenzetti, ed. Rubinzal Culzoni, T. VIII, p. 494 y sgtes.).

Se trata de lograr una razonable equivalencia jurídica entre el perjuicio y el daño con las limitaciones igualmente razonables que impone el ordenamiento jurídico.

Por ello ha sido un criterio reconocido por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, conforme el cual el daño debe ser cuantificado a la fecha de la sentencia, en tanto resulta ser el momento más cercano al que se hará efectiva la reparación (Trigo Represas, F.A. - Cazeaux, Pedro N., "Derecho de las obligaciones", 3ra. ed., La Plata, 1996, t. V, pág. 964 y sus cit., Alterini,

Atilio A., "Las deudas de valor no se encuentran alcanzadas por la Ley 23928 de convertibilidad del austral" en LL 1991-B, 1048; Cám.Civ.Com. de Azul, Sala Primera, autos "I., G. M., T., V.A. y T., B. D. c/ M., A. A. s/ Daños y perjuicios", causa 157741-13, del 07/11/2013).

Modalidad que parte de la premisa de que los reclamos resarcitorios versan sobre deudas de valor. En este sentido es amplio el reconocimiento doctrinario del distingo entre obligaciones de dar dinero (en las que el objeto de la obligación es una suma de dinero determinada o determinable al momento de contraer la obligación) y de valor (aquellas en las que la moneda entra en lugar del objeto propio de la obligación y como sustitutivo de aquel), y fue recogido por el Código Civil y Comercial (art. 772).

La distinción tiene vital importancia en orden a la estimación o apreciación del valor de la indemnización integral o plena por daños a la integridad psicofísica y profundiza su importancia en periodos inflacionarios, sobre todo cuando existe prohibición de indexar como el que se viene desarrollando en nuestro país profundizándose desde mediados de esta década.

La Suprema Corte bonaerense ha resuelto que los jueces se hallan facultados para fijar el *quantum* indemnizatorio tanto a la fecha del hecho como al momento de dictar sentencia y aún diferirlo a las resultas del procedimiento que considere pertinente (art. 165, CPCC), todo a fin de lograr una mejor reparación del daño causado (SCBA, en causas 44.415, 101.107, 117.926 en igual sentido este tribunal, Sala II causas n° 131.976, 131.833, 130.138, 159.764, entre

otros; CCiv. y Com., de Mar del Plata, Sala II, 24/10/2018- "A. P. c/ B. C. W. y ot. s/ daños y perjuicios" - Cita: MJ-JU-M-114871-AR - MJJ114871 - MJJ1 14871 y mas recientemente en "V. N. B. c/ D. R. y otros s/ daños y perjuicios" 26/12/2018- Cita: MJ-JU-M-123090-AR - MJJ123090 - MJJ123090).

En igual sentido se ha resuelto que cuando se trata de indemnizar deudas de valor, los daños deben valorarse y fijarse los montos al momento más cercano en que se hará efectiva la reparación.

Por supuesto, y también lo acostumbro a recordar en mis decisiones, que ello no obsta a que a petición de la parte accionante, los montos indemnizatorios sean fijados a valores históricos a la fecha del hecho, variando en consecuencia la tasa de interés a aplicar, pronunciándome en tal sentido en el marco dado por el límite de los agravios que han sido expresados en distintos antecedentes de esta alzada y el principio de congruencia.

Entonces y a los fines de establecer el monto de la indemnización más cercano a la fecha de la decisión, tomaré como base de cálculo el SMVM fijado por la Resol 15/22 del CNEPySMVM para el mes de febrero de 2023, fecha del presente, que asciende a $67.743.

No consideraré la propuesta del demandado recurrente, pues conforme Resol 3/2014 (CNEPySMVM) el SMVM a la fecha del hecho ascendía a $4.400, lo que resulta inadmisible conforme lo que vengo sosteniendo en orden a la estimación o apreciación del valor de la indemnización integral o plena por daños a la integridad psicofísica, profundizándose su importancia en periodos inflacionarios, como el que se viene desarrollando en

nuestro país agudizándose en forma continua desde mediados de la década pasada en inescindible vinculación con el distingo entre obligaciones de dar dinero y de valor recogido por el Código Civil y Comercial (art. 772) y su vital importancia.

Las lesiones sicofísicas causadas al actor no han sido cuestionadas, y vale reseñarlas: a la edad de 69 años, como consecuencia de un hecho violento –mientras descendía de su vehículo -que fue embestido por el de los demandados en la parte trasera- sufrió una caída de espaladas sobre un cantero en la vereda sufriendo fractura de escápula, permaneciendo inmovilizado por 4 semanas y rehabilitación de 20 sesiones. También sufrió traumatismo en el muslo izquierdo realizándole un drenaje quirúrgico.

Conforme los informes periciales, el accidente le provocó incapacidad física del 25% que luego se elevó al 28,75% y un 30% de incapacidad psicológica.

Es decir existe una afectación irremediable a bienes jurídicos superiores, como lo son el derecho a la integridad psicofísica, a la salud en su amplio espectro.

Concretamente viene cuestionado el rubro incapacidad sobreviniente ante la omisión que denuncia el recurrente de haber incluido en el rubro la incapacidad psicológica determinada por el perito psicólogo.

Pero antes de ingresar en el tratamiento concreto de ese punto entiendo debo ingresar necesariamente en el grado de incapacidad física sobreviniente determinado.

La sentenciante tuvo en cuenta la incapacidad del 28,75% que la experta concluyó con posterioridad al pedido de aclaraciones por parte del actor. Luego de examinar al Sr. C. y describir las limitaciones funcionales que presenta en el hombro izquierdo a causa de la fractura sufrida, y determinar el 25% de incapacidad según el baremo Altube Rinaldi para el fuero civil, el actor pidió que aclare si mediante la utilización de los baremos y lineamientos utilizados en la LRT podría resultar superior el porcentual de incapacidad considerando los factores de ponderación allí previstos y en qué medida.

Frente a ello la perita designada expuso que era posible considerar lo estipulado en el baremo decreto nro. 478/98 factores complementarios elevando 3,75 puntos el grado de incapacidad que había determinado anteriormente teniendo en cuenta la edad cronológica (2,5%) y nivel educativo secundario (1,25%).

La colega de primera instancia entendió que la pericia contiene conclusiones fundadas en los resultados de los estudios a los que el actor se sometió y le asignó plena entidad probatoria.

No comparto el razonamiento efectuado por la sentenciante.

Doy razones:

Sabido es que aun cuando el dictamen pericial no tenga carácter vinculante para el juez, este para apartarse de sus conclusiones debe encontrar apoyo en razones serias, objetivamente demostradas a través de las circunstancias del caso de acuerdo a los hechos comprobados de la causa reveladores de que el dictamen se halla reñido con principios lógicos o máximas de la

experiencia o contradice el restante material probatorio objetivamente considerado -arg. art. 477, CPCCN- (*cf*., Palacio, "Derecho Procesal Civil", t. IV, p. 720).

En primer término la aclaración solicitada por el actor y de la cual surge la ampliación del grado de incapacidad asumido en la sentencia, en realidad no se refiere a ningún punto oscuro, ni equívoco o carente de fundamento. Además, excede el marco del cuestionario inicial propuesto en que no peticionó la aplicación de distintos baremos.

Luego, aun cuando la perita aclaró que era posible utilizar el baremo establecido por Dec. 478/98 y la contraria nada dijo, es al órgano jurisdiccional a quien le corresponde efectuar la valoración del informe pericial al momento de dictar sentencia e interpretar la ley y ajustar el caso a sus previsiones.

Todo ello lo señalo, sin perjuicio de que se trate de irregularidades procesales inadvertidas y que pueden considerarse consentidas.

Pero en realidad, y en cuanto a valoración de la prueba pericial por parte del juez se trata, debo señalar que el "Baremo Nacional" del decreto 478/98 no es aplicable al caso, como tampoco lo sería el de la Ley de Riesgos de Trabajo como pretendió pedir aclaración el actor.

El mentado Baremo, reemplazó al "Baremo Nacional" de la Ley 24241, Decreto n° 1290/94 “Normas para la Evaluación, Calificación y Cuantificación del Grado de Invalidez de los Trabajadores Afiliados al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones"-, que establece su utilización obligatoria por las Comisiones Médicas dependientes de la Superintendencia de Administradoras

de Fondos de Jubilaciones y Pensiones en la estimación de incapacidades postulantes a obtener una Jubilación por Invalidez. Utiliza criterios previsionales y fundamenta la estimación de la incapacidad en muchos de sus capítulos y va acompañado de las normas y/o guías para su aplicación.

Es claro que la incapacidad laborativa se refiere a la disminución de la capacidad funcional originada por una enfermedad física y/o psíquica, mientras que el concepto de invalidez excede los límites de la incapacidad psicofísica, puesto que a esta se le combinan los llamados factores complementarios conformados por distintos coeficientes de ponderación según el nivel de educación formal y la edad que tengan las personas. No se trata en modo alguno a ampliar las disposiciones legales específicas, de manera de continuar efectuando sumatorias con coeficientes de ponderación. No resulta de aplicación al caso bajo análisis, en que lejos de considerarse una prestación por invalidez, se está determinando la incapacidad física de la víctima del accidente.

Pero hay más, la inconsistencia del dictamen también se advierte en su correlación con otras constancias obrantes en la causa. Nótese que pondera nivel educativo secundario sin ningún respaldo o constancia al respecto y sin tener en cuenta que del informe social agregado al beneficio de litigar sin gastos surge que el nivel de instrucción del actor es primario completo.

Por otro lado el baremo Altube Rinaldi por el que se determinó el grado de incapacidad en el 25% es uno de los de uso para el fuero civil específicamente.

Siendo todo ello así, no corresponde tener en cuenta la incapacidad que fijara la perita designada del 28,75% asumiendo jurisdiccionalmente la conclusión de la médica que desconoce la cuestión jurídica relevante.

Tales extremos autorizan la revisión del porcentaje de incapacidad como parámetro a tener en cuenta para la cuantificación, especialmente por el uso de fórmulas que peticiona el recurrente y que no fue aplicada por la sentenciante. Estaré entonces, al porcentaje originariamente determinado según el baremo de uso civil en el 25% en el marco del requerimiento, y del objeto de la prueba y conforme la aplicación de la ley.

Es que las reglas de la sana crítica permiten establecer cuándo el examen pericial debe ser estimado o dejado de lado por el tribunal, y como se hace notar, en el caso, no resulta justificado guiarse por el porcentual determinado en la aclaración solicitada.

Aun cuando no haya sido objeto de critica puntual ni de impugnación, no desatenderé las razones que advierto y doy, teniendo en cuenta que el proceso no se debe desarrollar "como un juego de ficciones librado a la habilidad ocasional de los litigantes" (Exposición de motivos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sancionado por Ley 17454) y que un pronunciamiento ajustado a derecho y a las constancias de la causa es patrimonio jurídico de las partes litigantes y especialmente de los destinatarios del mismo.

Incapacidad sobreviniente derivada de la incapacidad psicológica:

El segundo agravio está fundado en base a dos argumentos: a) el apartamiento infundado de la pericia

psicológica y b) la omisión de indemnizar el daño psicológico sufrido procurando la reparación integral. Opone la interpretación del dictamen pericial que la jueza tachó de contradictorio y dogmático, cuando a su entender resulta claro y puntual al decir que el duelo patológico que padece el actor ha afectado su salud psíquica generándole una incapacidad el 30% calificándolo como grave, mas no en su máximo guarismo por considerar que el actor no ha perdido el interés por acceder y generar situaciones placenteras y gratificantes.

Solicitó que lo expuesto sea considerado en tanto dichos padecimientos y porcentaje de incapacidad no han sido tenido en cuenta a la hora de valorar la incapacidad sobreviniente, y tampoco se lo ha considerado como daño autónomo.

De la lectura de la demanda, surge que solicitó que las afecciones físicas y psicológicas de carácter patológico sufridas por el actor y que ocasionaran una incapacidad sobreviniente sea indemnizada en ese rubro. También solicitó que dentro de tal rubro sea considerada la afectación a su vida de relación.

No abundaré sobre aquello que es jurisprudencia consolidada de esta alzada en cuanto a la carencia de autonomía del trastorno psíquico como un tercer tipo de daño con independencia del daño patrimonial o extrapatrimonial. Pero para que proceda su indemnización, la perturbación del equilibrio espiritual o de la personalidad asume en el daño psicológico un nivel de patologías y requiere para su determinación el auxilio de la psiquiatría o de la teoría psicoanalítica. Se caracteriza por ser

irreversible o irrecuperable. Afecta al individuo en actividad laborativa de poder desempeñarse, como en su capacidad en su vida de relación o capacidad para disfrutar de la vida y para su fijación tiene importancia según se lo pida como grado de incapacidad laborativa o si se incluyen o no los costos del tratamiento, o si se lo reclama en forma autónoma o integrando otros rubros.

El daño psíquico no constituye un daño autónomo, sino un aspecto a considerar dentro del rubro incapacidad sobreviniente, pues configura una disminución de aptitudes con repercusión en el patrimonio y la vida de relación del damnificado. Es un "síndrome psiquiátrico coherente (enfermedad psíquica), novedoso en la biografía, relacionado causal o concausalmente con el evento de autos (accidente, enfermedad, delito), que ha ocasionado una disminución de las aptitudes psíquicas previas (incapacidad), que tiene carácter irreversible (cronicidad) o al menos jurídicamente consolidado (dos años).

La enfermedad psíquica que el perito diagnostique debe dañar de manera perdurable una o varias de las siguientes funciones del sujeto: 1) incapacidad para desempeñar sus tareas habituales; 2) incapacidad para acceder al trabajo; 3) incapacidad para ganar dinero y 4) incapacidad para relacionarse". Tanto el cuerpo como el aparato mental están naturalmente dotados para amortiguar las injurias y, al menos hasta cierto punto, pueden poner en marcha sus mecanismos de restauración destinados a recuperar el *statu quo* anterior al cabo de cierto tiempo. La mente humana también posee su 'fisiología reparatoria', principalmente a través del

olvido y de la elaboración. ambos territorios -psique y soma- son especializaciones de la organización biológica que están dotados de funciones idóneas para obtener la restitución integra, y también tienen en común que a veces fracasan en el intento y permanecen con secuelas discapacitantes (*cf*. Risso, Ricardo E. "Daño Psíquico - Delimitación y diagnóstico. Fundamento teórico y clínico del dictamen pericial", E.D. 188-985).

Los sufrimientos psíquicos normales, detectados e informados por el perito, que no han dejado incapacidad psíquica residual, pero que verosímilmente han sido padecidos, también pueden resarcirse, aunque no sea a título de "daño psíquico". Por eso, cuando el perito los detecta debe señalarlos al juez para que los tenga en cuenta como uno de los elementos a valorar en el momento de regular el daño moral. Será una indemnización no sujeta a tabulaciones, porcentajes ni baremos, sino sujeta a las reglas de la sana crítica y la razonable prudencia.

Dentro de este tipo de sufrimientos psíquicos se incluyen los dolores intensos, los temores prolongados a la invalidez, los padecimientos propios de la rehabilitación, los sufrimientos por el desamparo familiar, la pérdida de autoestima por la transitoria deserción del rol paterno, etc." (*cf*. Risso, Ricardo Ernesto, "Daño Psíquico. Delimitación y diagnóstico. Fundamento teórico y clínico del dictamen pericial" “Cuadernos de Medicina Forense”, Año 1, nro 2, págs. 67-75, mayo 2003, E.D. 188-985).

En síntesis, la incapacidad indemnizable es tributaria de la cronicidad, en tanto que el sufrimiento psíquico normal (no incapacitante), que no ha ocasionado

un desmedro de las aptitudes mentales previas, si es detectado e informado por el perito, es uno de los elementos que el juez podrá incluir en el ámbito del daño moral.

Restringir el daño psíquico a enfermedades mentales, novedosas, incapacitantes y permanentes o consolidadas permite mayor rigor científico en el diagnóstico, otorgamiento de incapacidad y graduación de esa incapacidad.

Sentado ello y contrastando los términos de la pericia, no puedo concluir que los padecimientos afectaron la capacidad psíquica o el aparato psíquico del actor de manera irreversible.

Es cierto que el perito psicólogo afirmó que no hay manifestaciones de un trauma psicológico, y que a renglón seguido explicó que el trauma psicológico no es la única manera en que se puede alterar la economía psíquica de una persona, y advirtió en el actor una alteración permanente en el marco identificatorio sobre el que se reconocía y era reconocido socialmente. Dijo también que en el caso del actor las limitaciones funcionales del accidente le impiden de manera categórica retomar la actividad laboral a la que se dedicó toda su vida y por ello cataloga a la incapacidad psicológica como grave según las descripciones de la misma. Remata señalando que C. ha logrado una adaptación insatisfactoria luego de verse forzado a abandonar la actividad laboral que le era propia a su oficio.

Determinó una incapacidad psicológica del 30%, pero no habló de ninguna incapacidad para trabajar o ganar dinero ni relacionarse, más concretamente habló de una alteración de su marco identificatorio. Entendió el

perito que el duelo patológico describe con mayor asertividad lo observado en la evaluación y que existe un fracaso en los recursos defensivos que altera su económica psíquica de "manera inespecífica" y sugirió dos años de tratamiento psicológico para "que ciertos resultados tengan lugar" -sin especificar qué resultados- partida que llega firme a esta instancia como tratamiento futuro.

También señaló que la pérdida de autonomía psicomotriz con carácter permanente y definitivo "instaló serias dificultades en la organización vital del actor en lo sucesivo" para luego calificar como grave el trastorno pero sin describir en el actor las características que detalla para que la sintomatología sea considerada como grave: es decir, no dijo cómo las actividades de la vida diaria del actor presentan disturbios, ni cómo su funcionamiento social está alterado, ni cómo comprobó y en base a qué antecedentes la disminución de su capacidad de concentración, persistencia y ritmo en comparación con la situación anterior al suceso. Ni si ello no hubiera sucedido, teniendo en cuenta la edad del actor, aun sin sufrir el accidente del caso.

Paralelamente, la contestación al punto C del informe psicológico, referido a la afectación de la vida de relación del actor en su entorno familiar, y como se manifiesta, surge que hasta el momento del hecho motivo de autos el exclusivo proveedor de ingresos económicos a su familiar era el actor, y que "con inmediatez al accidente su pareja se vio forzada a buscar trabajo y en ese sentido debió recurrir al cuidado de personas ancianas para compensar lo que el Sr. E. C. durante su

rehabilitación no pudo generar”. Tales aseveraciones se contraponen frontalmente a lo depuesto por los testigos ofrecidos por el actor en cuanto en forma coincidente manifestaron que el accidente ocurrió afuera del domicilio en el que la “Sra. del Sr. C.” cuidaba a una persona mayor (testigo L. D.), y el Sr. N. quien dijo que la Sra. de C. trabaja haciendo limpieza en un salón de eventos como su empleada.

Entiendo que la incapacidad se calificó como grave especialmente por la dificultad de desarrollar la actividad laboral de albañil pero que no existen disturbios en las AVD (actividades de la vida diaria) sin que el Sr. C. haya perdido interés por acceder y generar situaciones placenteras y gratificantes. Y ese deterioro de la capacidad laboral que no puede ser compensado con un mayor esfuerzo del individuo, y que deriva lógicamente de la disminución de su capacidad física, está compensado con la indemnización que por incapacidad física sobreviniente se fija en el pronunciamiento.

Por tales razones, entiendo justificado el apartamiento de la sentencia de la determinación de la incapacidad determinada por el perito psicólogo y procedente tasarlo en la partida correspondiente al daño extrapatrimonial.

En este sentido rechazo el agravio del actor.

En definitiva y teniendo en cuenta la base de cálculo determinada $67.743 (SMVM febrero de 2023 según Resol 15/22 CNEPySMVyM) y grado de incapacidad determinado en el 25% la indemnización por incapacidad sobreviniente física asciende a la fecha del presente pronunciamiento a la $1.591.960 (cálculo 94 meses en

atención a lo que decidiré más adelante respecto del lucro cesante).

Se advierte entonces que los cálculos efectuados ponen de manifiesto que la diferencia entre el SMVM vigente a la fecha del hecho y el de la actualidad trepa a 1.408% mientras que la tasa activa del Banco Nación alcanza el 322,27% (según sistema SICAL) demuestra que la tasa de interés fijada no absorbe los efectos del proceso inflacionario que se disparó desde el año 2016 a la fecha.

La indemnización fijada en $500.000, aun cuando no fue explicitada la forma de arribar al cálculo por aplicación del criterio citado por la jueza, resulta sensiblemente inferior a la que correspondería de calcularse la misma, si se tiene en cuenta que se trata de una deuda de valor y el SMVM vigente al momento del presente pronunciamiento.

De allí que no pueda corroborarse la indemnización fijada en la instancia de grado, habiendo acreditado la realización de actividades lucrativas.

Tasa de interés:

Peticiona el actor recurrente, la fijación de una indemnización por incapacidad sobreviniente a valores actuales y que la tasa de interés pura que se fije sea a del 12% anual invocando un voto de mi factura.

También reedita la misma cuestión en el noveno agravio al respecto de la tasa pura fijada para el rubro de tratamientos terapéuticos a partir del dictamen pericial.

Hemos señalado reiteradamente que la fijación del *quantum* de la deuda de valor, al momento de este

pronunciamiento (arg. *cf.* art. 772 del CCiv.Com.) determina que la tasa de interés sea determinada específicamente.

Pues si bien el momento desde el que corren los intereses moratorios en la deuda de dinero es igual al de la deuda de valor: desde que se produjo el perjuicio (art. 1748 del CCiv.Com.), la tasa de interés que resarce el daño moratorio es distinto en la deuda de dinero que en la deuda de valor.

En la deuda de dinero, la depreciación monetaria es parte del perjuicio ocasionado por el retardo. Por ende, en un régimen donde está prohibido el ajuste de capital mediante mecanismos indexatorios, es justa la aplicación de una tasa bancaria que refleje dicha depreciación (*v. gr.*, tasa activa).

En el caso, habiéndose cuantificado la deuda según el SMVM vigente al presente no hay depreciación monetaria por lo que para este rubro la utilización de un tasa pura desde la fecha del hecho hasta la de la sentencia es una razonable herramienta que pretende evitar resultados que pueden ser calificados de injustos, cual es el caso del damnificado que recibe el capital aumentado (representado aquí por la cuantificación actual del valor reclamado), y a la vez, sobre dicho capital percibiría el accesorio de los intereses a una tasa (activa o pasiva) solo justificable en épocas de aguda inflación. La concurrencia de dos correctivos encaminados al mismo fin, produciría, a favor del damnificado, un enriquecimiento sin causa.

La tasa de interés pura fijada según los casos, oscila entre el 6 y 12% anual, sin que deje de pertenecer al ámbito discrecional de los jueces.

En el antecedente que cita el recurrente se trataba de daños materiales cuyos costos fueron calculados por peritos al año 2019 y el presente caso debe calcularse la tasa pura desde la fecha del hecho que sucedió en noviembre de 2014.

Teniendo en cuenta la variación del el índice de inflación de los años 2014: 38,53%; 2015: 27,50%; 2016: 40,30%; 2017: 24,80%; 2018: 47,65%; 2019: 50,49%; 2020: 36,1%; 2021: 50,9% y a octubre de 2022: 76,6% -fuente: Indec) me apartaré de aquel precedente porque la variación ha sido distinta, el promedio es menor, y modificaré la tasa de interés pura fijada por la sentenciante para gastos terapéuticos y para la indemnización de la incapacidad sobreviniente fijándola en el 8%, tal como la he fijado en otras oportunidades en consonancia con mis colegas (*v gr.*, SD 66/22) y que corresponderá ser impuesta al crédito indemnizatorio desde la fecha del hecho (22/11/2014) y hasta el momento de la presente, en que se evalúa la deuda (arts. 772 y 1748, CCCN). De allí en más será de aplicación la tasa activa fijada por la jueza *a quo*.

Asimismo para el rubro de gastos de tratamiento desde la fecha del hecho y hasta la fecha del dictamen pericial, a partir de allí será de aplicación la tasa activa fijada, dando así respuesta al noveno agravio, admitiendo parcialmente las quejas relativas a la tasa de interés pura.

Lucro cesante:

Ambas partes recurren este rubro, los demandados y citada en garantía por considerar que hay una contradicción insalvable en el fallo que luego de señalar que no hay constancias de los trabajos que el

accionante no pudo realizar, ni constancia de inscripción en AFIP ni el plazo de 24 meses que dice haber estado impedido de realizar tareas lucrativas, otorga la suma de $70.000.

El actor reedita lo dicho en el primer agravio respecto al monto del salario a tener en cuenta, señala que de los testimonios, lesiones y tratamientos quirúrgicos recibidos se comprueba que tuvo al menos 6 meses de absoluta convalecencia y aclara que no fueron solicitados en el cálculo por incapacidad sobreviniente que fue reclamada a partir del 22/5/2015, esto es, pasados los 6 meses de convalecencia absoluta.

Entiendo que la sentencia ha fundado la procedencia del rubro y también las razones para estimarlo en $70.000.

Es que no existe prueba alguna de los 6 meses de convalecencia que pretende el actor. El punto I) de la pericial médica que expresamente requería a la experta que informe sobre cuál fue el tiempo razonable por el que el actor debió permanecer sin realizar trabajos que demanden esfuerzos físicos, no fue respondido en el informe de hojas 530 y tampoco mereció pedido de aclaración por parte del oferente de la prueba como de otros puntos periciales.

El Dr. A. B., en la hoja 552 reconoció la autenticidad del certificado glosado en la hoja 32 por el cual prescribió 4 semanas de inmovilización.

Tampoco existen constancias de ningún tratamiento quirúrgico que haya recibido el Sr. C. Y los testigos que depusieron al respecto (L. B. D. y B. O. N.) no supieron sobre el tiempo de reposo, solo la testigo D., alcanzó a decir que hizo reposo por 3 meses, mas de la

integralidad de su deposición no merece plena fe, pues a varias preguntas contestó que no sabía; que no sabía de ningún tratamiento que haya realizado y sin embargo dijo que sabía que debió hacer reposo por más de 3 meses.

De allí que frente a tales constancias, la certidumbre que requiere la procedencia del rubro exige que el mismo sea admitido por un mes y de acuerdo a la base de cálculo fijada el mismo asciende a la fecha a $67.743.

En consecuencia, rechazo el agravio del actor y admito parcialmente el de la demandada y citada en garantía.

Como consecuencia de esta decisión es que en el rubro de incapacidad sobreviniente adicioné los 5 meses que quedarían sin indemnización por la forma de peticionar del recurrente, pero que no varía la incapacidad determinada resarciendo plenamente la incapacidad sufrida.

Pérdida de chance:

Se queja el actor por el rechazo del rubro con fundamento en la escasa información y prueba suministrada.

La crítica que efectúa, no alcanza a conmover lo decidido.

En la definición de chance concurren un elemento de certeza y otro de incertidumbre. Certeza en cuanto a que, de no mediar el evento dañoso, y según el curso natural y ordinario de las cosas, el damnificado habría mantenido la esperanza que le permitiría obtener una ganancia y, a la par, incertidumbre, definitiva ya, puesto que no se advierte si podrá conocerse si manteniéndose la situación de hecho, que era el

presupuesto de la chance, la ganancia se habría en realidad obtenido (Zavala de Gonzalez, “Resarcimiento de daños”, 2da. ed. “Daños a las personas”, págs. 300/301).

En el caso, está claro que E. no puede realizar actividades que demanden esfuerzos con su brazo izquierdo (punto I de la pericial médica), pero también dejé claras las inconsistencias de las restantes pruebas rendidas. Especialmente de las testimoniales no surge con certeza que el actor tenía una actividad permanente, constante, fija de albañil, mucho menos la existencia de obras comprometidas con las que no haya podido cumplir. Nótese que L. D., sabe que él se dedicaba a trabajos de construcción porque trabajaba con la Sra. de C. cuidando una Sra. mayor, justamente en el domicilio contiguo al que sucedió el accidente. Todo lo que refirió –sin precisiones de ningún tipo- por haber sido contado u oído de la Sra. R. G. El testigo B. O. solo lo conoce porque la Sra. de E. trabaja con el en un salón de eventos haciendo la limpieza del mismo y E. la solía ayudar y dijo sabe que trabaja en la construcción. Por último el testigo D. B., inquilino de la Sra. a la que cuidaba la esposa de E. en el domicilio contiguo a donde sucedió el accidente, dijo que sabía que hacía laburos chicos, de mantenimiento, hacía changas, vendían cosas los fines de semana en la saladita. Lógicamente y en relación a lo que surge de las respuestas a las generales de la ley, lo que depuso lo conocía por lo que ha escuchado de su Sra. y/o del propio actor.

Por otro lado, aun cuando el propio actor en la entrevista mantenida con el perito psicólogo haya

manifestado que hacía 4 años trabajaba para O. A. y su hijo, no fue corroborado por prueba alguna.

De allí que se ajusta a derecho y a las constancias de la causa el rechazo del rubro. No existe ninguna certeza que el damnificado hubiera perdido la chance de ganar la suma que postuló, y toda vez que continuó trabajando en el negocio de venta gastronómico al que se dedicaba también con anterioridad al accidente conforme surge del análisis integral de la prueba.

Rechazo el agravio.

Daño extrapatrimonial:

Por exiguo e infundado se queja el actor y por desproporcionado la demandada.

Al demandar peticionó una suma no inferior a $600.000 teniendo en cuenta los padecimientos sufridos en forma personal, las adversidades que debió atravesar en su cuerpo y salud y el daño estético porque su torso ha quedado asimétrico.

La sentenciante tuvo en cuenta que se trata de un adulto mayor, que vio afectado su modo de vida y el de su familia, como también el esquema según el cual se encontraba estructurado su sustento económico. Añadió la consideración de la angustia y preocupación que generan en los adultos mayores este tipo de lesiones y sus consecuencias.

Es clara la dificultad que presenta la tarea de justipreciar tal lesión; sin perjuicio de ello es necesario recordar que deben ser exteriorizadas las bases lógicas y jurídicas sobre las que el juez asienta su estimación.

Efectivamente, de los informes periciales médico y psicológico rendidos surge que el Sr. C. a los 69 años, sufrió el accidente de autos.

Como consecuencia del impacto, quedó tendido de espaldas sobre un cantero en la vereda, fue trasladado al Hospital Regional y derivado luego al Hospital A. donde le realizaron una tomografía y un ecodopler venoso. Debieron realizarle un drenaje en la pierna izquierda debido a un hematoma producto del golpe sufrido e inmovilizado por 4 semanas. Realizó rehabilitación kinesiológica pese a la cual presenta limitación funcional en su miembro superior izquierdo.

Específicamente de la pericia psicológica se desprende que a pesar del tiempo transcurrido -2 años desde el accidente a la fecha de la pericia- se observan ansiedades depresivas, aun cuando señala que no perdió interés por acceder y generar situaciones placenteras y gratificantes.

Es decir que es nítida la "modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial" (*cf*. Pizarro, Ramón D., "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho", Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31).

Tengo en cuenta también y que no pasó inadvertido por la sentenciante que la edad avanzada del damnificado puede magnificar la inquietud por la afectación a la integridad física, en base a la conciencia de fragilidad

que se tiene del propio cuerpo, así como la idoneidad del dinero para compensar, restaurar o reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante, cosas, bienes o distracciones y antecedentes análogos, propongo, que sea elevada la indemnización por este concepto en a la suma de $600.000.

La valoración de esta partida es efectuada a la fecha del evento dañoso, en atención a los términos del agravio y considerando, como dije antes, que los jueces se hallan facultados para fijar el *quantum* indemnizatorio tanto a la fecha del hecho como al momento de dictar sentencia. Por tal razón mantengo la tasa interés fijada por la jueza *a quo* y desde la fecha del evento.

La suma así fijada, alcanza al presente aproximadamente la suma de $2.000.000, suma con la que puede acceder a un fin de semana de esparcimiento y recreación en un lugar turístico junto a su mujer y su hija pequeña, en atención a los escasos datos con que se cuenta sobre el desenvolvimiento de su vida diaria y de su familia siguiendo los criterios orientadores que la doctrina y jurisprudencia vienen proponiendo sobre los placeres sustitutivos.

Omisión de indemnizar los costos de fisiokinesioterapia/rehabilitación y drenaje quirúrgico y gastos de movilidad:

Acusa de haber omitido indemnizar los costos de fisiokinesioterapia que se indicaron en la pericia y que ascienden a $60.000. Refiere que la suma de $50.000 otorgado como gastos médicos, kinesiológicos y de farmacia se estimaron conforme los puntos B y D de la pericia médica.

Asimismo, se omitió otorgar los costos del drenaje quirúrgico estimados por la perito en $80.0000.

Bajo el título gastos médicos, kinesiológicos, de farmacia y movilidad, reclamó los gastos originados en medicamentos, otros de farmacia, kinesiológicos, estudios médicos complementarios, radiografías, tomografías que fueron soportados por él sin conservar la documentación que lo respalde.

Efectuó expresa referencia a tratamientos kinesiológicos que requirió y requerirá, pidiendo una suma no inferior a los $100.000, habiendo demandado en más o en menos según surgiere de la prueba a rendirse.

Frente a lo dictaminado por la perito médica y según los puntos periciales propuestos, en cuanto a los estudios y tratamientos que fueron necesarios practicar, en el punto B se arriba a una suma total de $28.100 (punto B).

En cuanto a si las secuelas pueden mejorar con algún tratamiento de rehabilitación (punto E), la contestación brindada no es concluyente, pues, hipotetizó la perita médica al decir “si amerita”. No se trata por tanto de un daño presente ni de una terapia recomendada, sino potencial.

De allí que entiendo que la suma de $50.000 considerando los $28.000 que surgen de la pericia, comprende también los gastos de movilidad que denuncia omitidos en su queja siguiente.

Diversa es la solución que entiendo debe darse a la omisión de resarcir el drenaje quirúrgico, pues en la aclaración solicitada, y tratándose de una estudio y tratamiento cuya realización se acreditó, corresponde

adicionar la suma de $80.000 como costo informado por la galena.

Se admite parcialmente el agravio y se rechaza la queja relativa a la omisión de indemnizar gastos de movilidad.

El rubro prospera por la suma de $130.000 al que se le deberán adicionar intereses a la tasa pura del 8% desde la fecha del hecho hasta la del informe y a partir de allí la tasa de interés activa fijada por la sentenciante.

Omisión de indemnizar tratamiento quirúrgico futuro:

La queja no prospera por ausencia de prueba.

El informe no es concluyente sobre la necesidad de la cirugía por lo que el daño que reclama no cumple el requisito de certeza y actualidad. La necesidad puede surgir por diferentes razones no únicamente atribuibles a la fractura, tales como la degeneración articular propia del paso del tiempo.

En tales condiciones el agravio debe ser rechazado.

Omisión de expedirse respecto del pedido de actualizar el límite de cobertura solicitado al alegar:

Refiere que efectuó el planteo debido a que el mero transcurso del tiempo de tramitación del proceso y el proceso inflacionario importaron un fuerte pérdida del poder adquisitivo y, en consecuencia, solicitó al alegar, que el limite de cobertura sea el que surja de la reglamentación de la SSN al momento del pago de acuerdo a lo que ya sostuvo esta Cámara en SD nro. 10/21.

Cierto es que fue omitido el tratamiento por parte de la sentenciante, como también que lo vinculado con el contenido de la póliza en cuestión no fue materia de

debate, pues en la instancia de grado no se corrió el pertinente traslado del planteo que la citada en garantía formuló al contestar la demanda, invocando el límite máximo de cobertura estipulado en el contrato Póliza nro. 23/287932 de $4.000.000.

Dicha omisión no es imputable a los litigantes, tampoco lo es la omisión de tratamiento por parte de la sentenciante.

En ese contexto, y apreciando que la parte actora manifestó su posición contraria a la validez del límite máximo de cobertura en cuanto recurrió la omisión del tratamiento sin que la demandada recurrente contestara el traslado de los agravios en examen, entiendo que corresponde tratar el asunto, a los efectos de sanear la situación procesal irregular mencionada en el párrafo que antecede, desde la perspectiva del principio de la defensa en juicio (art. 18 de la C.N., ver fs. 689/690).

Por otro lado, si bien el monto asegurado que la póliza n° 23/287932 vigente al 22/11/2014 y hasta el 6/3/2015 suscribe un límite al monto de $4.000.000 conforme cláusulas particulares y hasta lo aquí decidido el monto del capital de la condena asciende a $2.485.703, tengo en cuenta que la garantía convencional de tutela judicial efectiva no se agota ni consiste solamente con el acceso al órgano judicial, sino que involucra y atañe a todo el desarrollo subsiguiente en el que se despliega el derecho a la jurisdicción y que hacen a la efectividad en el trámite del proceso y hasta la sentencia inclusive y se extiende más allá en la etapa de ejecución de las resoluciones judiciales, corresponde dejar zanjada la cuestión en este estadio.

He sostenido la inoponibilidad de la limitación de la cobertura a la víctima, que resulta ser tercera en el contrato de seguro, pues no desconozco que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Flores, L. Romina c/ Giménez, Marcelino Osvaldo y otro s/ Daños y perjuicios (acc. tráns. c/ les. o muerte)", ha reafirmado que "la oponibilidad de la cláusulas contractuales ha sido el criterio adoptado por el tribunal en los supuestos de contratos de seguro del transporte público automotor" y que "la obligación del asegurador de reparar el daño tiene naturaleza meramente contractual, y si su finalidad es indemnizar al asegurado de los perjuicios surgidos por la producción del riesgo asegurado, su origen no es el daño sino el contrato de seguro".

Pero también ha señalado el Supremo Tribunal Nacional que cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la ley en que se ha inserto, de modo tal que su aplicación torne ilusorios derechos por ellos consagrados, le es licito al juzgador apartarse del mismo y dejarlo de aplicar a fin de asegurar la primacía de la ley fundamental como medio de afianzar la justicia que esta encargado de administrar" (CSJN Fallos 308:857; 311:1937).

A finales de año 2014 se abrogaron una serie de RSSN dando paso a resoluciones de la misma Superintendencia de Seguros de la Nación en que fue ajustando los límites de cobertura vigentes para los contratos de seguro (ver en este aspecto las Resoluciones SSN números 35.863/11, del 10/6/2011; 38.065/13, del 27/12/2013 y 39.927/16, del 18/7/2016, 1162/18, 268/2021 y 739/ 2022).

El Estado, a través del órgano de control, realiza la vigilancia en consideración a la protección que requiere la mutualidad de asegurados que, de lo contrario, se hallaría desprotegida. Y también de los terceros, beneficiarios en ciertas ocasiones de la prestación de seguros o cuando, por su condición de damnificados, adquieren privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios. Para ello, la Superintendencia de Seguros de la Nación tiene asignadas funciones que deben serle reconocidas con amplitud para apreciar los complejos factores de datos técnicos que entran en juego en la materia, a fin de salvaguardar los fines que le son propios y el bien común (*cf*. Stiglitz, Rubén S., "Derecho de Seguros", ed. La Ley, T° I, p. 43).

A partir de tales consideraciones, se ha juzgado apropiado que en casos como el presente, en que existe mora de la aseguradora -por 8 años- los riesgos –que en este caso implica la depreciación de la moneda- se trasladen al contratante incumplidor.

En este caso la aseguradora optó por llevar adelante este proceso para determinar una conducta que se le reclamó y fue la autoridad de aplicación quien estableció y elevó sucesivamente los límites de cobertura que debe acatar la citada en garantía en función del régimen legal que la alcanza.

La sola variación experimentada por el SMVM que asciende al 1400% durante el lapso en que tramitó la causa y coherentemente con la decisión de condenar al pago de una indemnización a valores más cercanos a la sentencia en pos de lograr la reparación integral que el mandato constitucional y convencional exige, se

impone resolver que el límite de cobertura debe tener como techo el monto que las Resoluciones de la SSN establezcan al momento más próximo al pago, con fundamento en la falta de derecho de la aseguradora de retener la suma asegurada y luego pagar con una moneda depreciada.

Por ello, y aun cuando el capital de condena no supera el límite de cobertura fijado en la póliza, la decisión de que en el caso la responsabilidad de la aseguradora se extienda hasta el monto que las resoluciones de Superintendencia de Seguros de la Nación establezcan en el momento más próximo al pago resulta ajustada a derecho, pues tiene en cuenta una limitación como se pactó en un principio a la vez que satisface la necesaria "fuente jurídica" a la que alude la Corte Suprema de Justicia en el precedente citado para justificar la medida de su obligación (*cf.* cons. 12°, Fallos 340:765).

Tal temperamento ya lo he tenido en seguimiento a lo decidido por la Sala M de la CNCiv. en los autos "S. C. S. y otro c/ S. M. O. J. y Otros s/ Daños y Perjuicios (Acc. Trans. c/ Les. o muerte)" del 7/12/2018 y recientemente también fue seguido por la Sala J de ese mismo tribunal en "Q. D. Y. c/ D. H. SRL y otro s/ Daños y Perjuicios" del 1/3/2021 y en "M., D. A. c. M. Ó. T. S.A. y otros s/ Daños y perjuicios" del 19/2/2021, aunque estos dos últimos referidos a la franquicia del transporte público de pasajeros.

En el caso, debe tenerse en cuenta que el contrato de seguro es esencialmente concertado para mantener la indemnidad patrimonial del asegurado, la imposición legal de su celebración pretende resguardar el

patrimonio de terceros ajenos al acuerdo de voluntades, desplazándose el centro de protección del negocio y sus efectos económicos hacia los eventuales damnificados por los accidentes de tránsito, para quienes el seguro contra la responsabilidad civil cumple una función de garantía en la efectiva percepción de la indemnización del daño.

El limite que se pactó hace casi una década, por efectos de la economía de nuestro país, puede conllevar a que la sentencia indemnizatoria dictada se convierta en letra muerta en caso que el asegurado no pueda hacer frente a la responsabilidad patrimonial que se le endilga por esta resolución una vez que exista liquidación aprobada por capital e intereses y costas del proceso y en tal inteligencia, carecería de razonabilidad crear un sistema de responsabilidad reforzado por la incorporación de tratados internacionales que protegen a la persona humana, su salud y su integridad que persigue resarcimientos justos e integrales, pero que terminen resultando incobrables por ser el responsable insolvente.

Por tales consideraciones propongo admitir el agravio y disponer que el límite de cobertura se extienda al establecido por la SSN más próximo al pago, debiendo atender con el mismo a intereses que integran el monto de condena, así como las costas si superan el límite pactado.

5. *Costas y honorarios*:

Conforme lo dispuesto por el art. 282 del CPr. debo readecuar costas y honorarios, careciendo de interés expedirme sobre el quinto agravio de la citada en

garantía y demandados respecto de los honorarios del perito psicólogo.

La modificación en los montos de las partidas que propongo no modifica la calidad de vencidos de los demandados, de allí que las costas de primera instancia se mantienen en tanto los demandados resultan vencidos.

Las de esta instancia por la misma razón se imponen a los demandados recurrentes, vencidos en lo sustancial.

Los honorarios de primera instancia se deben fijar teniendo en cuenta el resultado del litigio, su valor económico, las pautas arancelarias de aplicación (arts. 6 a 8 y concordantes de la Ley XIII-4 DJPCh), el mérito, eficacia, calidad y extensión de las labores desarrolladas especialmente la celeridad impuesta en orden a la trascendencia moral y económica para las partes propongo fijar a favor del Dr. N. D. en el 17%, los del Dr. E. T. en el 12%, los del perito psicólogo J. M. F. M. en el 3% y los de la perita médica M. F. G. en el 3%, calculados sobre el monto del proceso que resulte de la liquidación a practicarse.

Los de esta instancia propongo, en un todo de acuerdo con las previsiones del artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de las escalas del artículo 13 del mismo ordenamiento, regularlos para el Dr. N. D. en el 27% y para el Dr. E. T. en el 26%, en ambos casos a calcular sobre los que le fueron fijados en la anterior instancia.

En todos los casos con más la alícuota del IVA si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Propongo como fórmula postulatoria la siguiente:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora, fundado a fs. 886/894, contra la sentencia de fs. 829/842, con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente el punto 1 de la parte resolutoria de la sentencia aludida elevando el monto de condena a la suma de $2.485.703 por incapacidad sobreviniente, lucro cesante, daño extrapatrimonial, tratamiento psicológico, gastos de fisiokinesioterapia/rehabilitación, drenaje quirúrgico y gastos de movilidad, con más los intereses fijados según los considerandos respectivos.

3) Revocar parcialmente el punto 2 de la parte resolutiva de la sentencia aludida y disponer que el límite de cobertura de la póliza nro. 23/287932 se extienda al establecido por la Superintendencia de Seguros de la Nación más próximo a la fecha de pago, debiendo atender con el mismo a intereses que integran el monto de condena, así como las costas si superan el límite pactado.

4) Confirmar la imposición de costas de primera instancia e imponer las de la alzada a los demandados vencidos.

5) Regular honorarios en la forma propuesta.

A la primera cuestión, la Dra. Robert dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo de los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y la citada en garantía contra la sentencia definitiva de fecha 15 de diciembre de 2021.

La resolución hizo lugar parcialmente a la demanda y, en consecuencia, condenó a los Sres. C. O. V. y A.

A. V. a abonar en el plazo de diez (10) días de quedar firme la presente a E. C. C. la suma de pesos un millón dieciséis mil ($1.016.000), con más los intereses calculados conforme las pautas señaladas en el apartado C) del Considerando I). Hizo extensiva la condena a S. B. R. C. L., en el marco del contrato y hasta el límite de cobertura, conforme el art. 118 de la Ley de Seguros y lo dispuesto en el Considerando I apartado D). Impuso las costas a los demandados vencidos en virtud del principio genérico de la derrota contenido en el artículo 69 CPCCCh. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

La reseña completa del fallo, los antecedentes del caso y los datos de interposición del recurso fueron detallados en el voto que antecede, por lo que a ellos remito a fin de evitar reiteraciones estériles.

Tratándose mi voto, del segundo en orden y cumplimentada la manda del art. 166 CPr. procedo a efectuar una mínima referencia a los puntos propuestos a esta Alzada, no sin antes destacar que en la estructura de la sentencia los agravios tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la pretensión y la relimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener "la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto de los agravios, siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso, a cuyo efecto basta una mera remisión (*cf*. crit. Morello - Sosa - Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-C, pág. 64; Cám. Nac. Com., Sala C, 03/11/80, entre otros).

Concretamente, cuestiona la parte actora: a) la cuantificación del rubro incapacidad sobreviniente; b) la omisión de cuantificar la incapacidad sobreviniente derivada de la incapacidad psicológica; c) la cuantificación de la partida concedida por lucro cesante; d) el rechazo del rubro pérdida de chance; e) la cuantificación de la indemnización concedida por daño moral; f) la omisión de indemnizar los costos de fisiokinesiología/rehabilitación y drenaje quirúrgico; g)la omisión de condenar al pago por los gastos de movilidad; h) omisión de indemnizar los costos de tratamiento quirúrgico futuro; i) tasa de interés aplicada sobre la partida de tratamiento terapéutico; j) ausencia de respuesta al pedido de extensión del límite de cobertura formulado en ocasión de alegar.

La citada en garantía criticó por su parte: a) la cuantificación de la partida por incapacidad sobreviniente; b) la tasa de interés dispuesta sobre dicho rubro; c) la determinación del daño moral; d) la admisión del rubro lucro cesante; d) los honorarios regulados al perito psicólogo.

Agravios - Tratamiento:

Bien, ya en la solución, independientemente del modo en que han sido expresados los agravios por los apelantes, habré de abordar su tratamiento conjunto en lo que resulte atinente, lo que se encuentra justificado por la identidad y conexidad que guardan entre sí, y en atención a los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica (LS 320- 217; 349-39; 347-193; 347-209; 345-154; 347-197 entre otros).

Vale recordar que es potestad del tribunal de revisión extraer lo esencial del memorial, mereciendo

respuesta tan solo los argumentos que posean relevancia y sean conducentes a la decisión del caso (ver fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225 entre muchos), al igual que en cuanto a la apreciación de la prueba (*cf.* art. 390 CPr/DJ y 44 y concs. de la Ley XIV-1 y Varela, Casimiro A, "Valoración de la prueba", pág. 52, Ed. Astrea, 2ª edición actualizada y ampliada al tratamiento de la prueba idónea.

Primer agravio.

Rubro incapacidad sobreviniente:

Cuestionan ambos apelantes, aunque por motivos opuestos, la cuantificación de la partida otorgada en concepto de incapacidad sobreviniente.

La parte actora calificó de "irrisoria" la indemnización y sostuvo que la jueza *a quo* analizó el caso teniendo en consideración que integraba la población pasiva por su carácter de jubilado, sin meritar que conforme fuera acreditado se dedicaba a la albañilería y que con tales ingresos sustentaba a su familia. Dijo que tal omisión violenta el derecho constitucional a la reparación integral.

Postuló que se estime el ingreso actual de los trabajadores de la construcción y la aplicación de una fórmula matemática con el mismo.

A ello adunó que en tanto la incapacidad sobreviniente debe contemplar la afectación a la vida de relación en general que tiene que ver con la repercusión en áreas de su vida que trascienden la faz productiva, al resultado de la fórmula ha de adicionársele un 20%.

Solicita además, que se fije el *quantum* a valores actuales y apliquen sobre dicha suma, intereses a una

tasa pura del 12% desde el siniestro y hasta la fecha de la sentencia.

Segundo agravio:

Ya en su segundo agravio criticó que la magistrada de grado se apartare del dictamen del experto, y sobre la base de tal apartamiento infundado, desestime el porcentaje de incapacidad psicológica del 30% contemplado en la experticia.

Señaló que el informe carece de afirmaciones dogmáticas y contradictorias, siendo la magistrada quien no hizo caso de su dictamen científico y, sin elementos de juicio para apartarse de aquel, dado que se requiere de un conocimiento técnico puntual del que la sentenciante carece, y sin dar fundamentos desechó la existencia del daño referido.

A partir de las razones dadas reclama que se indemnice la incapacidad sobreviniente derivada de la incapacidad psicológica bajo iguales pautas que las analizadas en el agravio precedente para la incapacidad sobreviniente derivada de la incapacidad física.

Señaló que una sola fórmula incluir la incapacidad psicofísica del actor que asciende al 58,75% (28,75% física y 30% psicológica).

Por su parte, la citada en garantía cuestiona la partida otorgada por incapacidad sobreviniente en el entendimiento de que la suma de $500.000 resulta “desproporcionada” por excesiva y carente de fundamento en atención a la edad del actor, y en tanto no fue utilizada ninguna fórmula matemática para su cuantificación.

En su segunda crítica y en lo que respecta a la tasa de interés dijo que, por cuanto no se advierte a

qué momento se cuantificó la deuda de valor, deberá revocarse la tasa de interés aplicada en relación al rubro incapacidad sobreviniente, y aplicarse una tasa de interés a partir de que entre en mora la obligación en cabeza de su mandante o eventualmente una tasa de interés pura.

Tratamiento del primer y segundo agravio de la actora y de la citada en garantía:

Como lo ha hecho la colega que abre el acuerdo, y a fin de resguardar la estructura lógico-jurídica de la sentencia, los trataré conjuntamente, ya que los dos primeros de la actora se encuentran en íntima relación, y su resolución incidirá en la respuesta a los agravios de la citada.

Se queja en lo sustancial la parte actora, en primer lugar, en cuanto considera irrisoria la indemnización de $500.000 otorgada por la jueza *a quo*, por este rubro, considerando que debieron utilizarse las escalas salariales de los empleados de la construcción –U.- y a ello sumársele el 20% por daño a la vida de relación. Solicita además la aplicación de fórmulas matemáticas, conforme manda el 1746 CCC. A su vez, en segundo agravio, se queja en cuanto se aparta la sentenciante de la pericia psicológica, desestimando el porcentaje de incapacidad contemplado en la pericia para luego denegar la cuantificación del daño psicológico reclamado.

En función de la queja, y atendiendo primero a la base de cálculo, tengo para mí, por así surgir de la prueba producida, especialmente testimonial, que el actor se encontraba jubilado a la fecha del siniestro, y hacía “changas” o “laburos chicos” de construcción, como forma de complementar sus magros haberes

jubilatorios. Así también, que como consecuencia del accidente, no pudo continuar realizando dichos trabajos, dedicándose a la venta de choripanes en un puesto ambulante.

Sin perjuicio de ello, no surge acreditado de autos, cuáles eran los ingresos concretos del actor por las tareas realizadas más allá de su jubilación, y por dicho motivo, la sentenciante de grado utilizó las facultades contenidas en el art. 167 CPr. para determinarlos.

Y en este sentido, concuerdo con mi colega prevotante, en cuanto la utilización del SMVM como pauta oficial, suple la falta de certeza sobre la regularidad, frecuencia, carga horaria y tareas realizadas, que adolece el relato del actor y que resultarían datos necesarios para conocer mínimamente los ingresos reales del mismo y eventualmente, encuadrar convencionalmente al Sr. C. en la escala salarial cuya aplicación sin más pretende el quejoso.

En función de ello y tratándose la reclamada, de una deuda de valor, si bien hay doctrina respecto a la cuantificación al momento del hecho acompañada de una tasa de interés activa, lo cierto es que el criterio mayoritario tanto doctrinario como jurisprudencial, se inclina por postular que la cuantificación del daño debe hacerse a la fecha de la sentencia o lo más cercano posible al momento de hacer efectiva la reparación, la cual como es sabido, debe ser integral a fin de dar cumplimiento al precepto constitucional del art. 19 CN que así lo consagra y recepta también el art. 1740 CCC y en el caso específico, dada la edad del justiciable y

su condición de adulto mayor, también en consonancia con el art. 75 inc. 23 CN.

Así las cosas, recurriendo a la información pública, emitida por el Consejo Nacional del Empleo, la productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, entiendo debe tomarse el SMVM del mes en curso, es decir, febrero de 2023, el cual asciende a $67.743 – *cf*. Resol. 15/22 CNEPySMVM.

En cuanto al grado de incapacidad física, he de coincidir con el voto precedente, en tanto la colega no recepta el porcentaje del 28,75% de incapacidad acogido en la sentencia de grado, por cuanto dicho guarismo es solo resultado de una hipótesis efectuada por la perita en base a un pedido de explicaciones de parte –según fs. 535-, mediante la cual se planteó si el uso del baremo de la LRT podría incrementar el porcentual de incapacidad y en qué medida, mas no encuentra fundamento en el caso concreto, en el que no es utilizable dicho baremo, en tanto debe tomarse el primer baremo Altube Rinaldi de uso específico en para el fuero civil según el cálculo obtenido por la experta en fs. 530.

Por ello considerar dicho porcentaje inicial del 25%, no significa apartarse del dictamen pericial, lo cual si bien también estaría dentro de las facultades del juez ante razones muy fundadas que permitan demostrar el yerro del experto, lo cierto que no es el caso de autos, en el que la perita dictaminó en base al baremo aplicable y luego el actor peticionó aclaraciones del porcentaje respecto al uso hipotético de otro baremo que no corresponde aplicar al caso, lo cual implica hacer decir a la pericia, lo que la pericia no dice.

Continuando el análisis con el tratamiento del grado de incapacidad, se queja el actor por lo que no se consideró la afectación en la vida de relación, al tiempo que invoca un apartamiento de la pericia psicológica y asimismo, por la no inclusión del daño psicológico, dentro del rubro incapacidad sobreviniente.

En tal sentido, el perito psicólogo determinó un porcentaje del 30% de incapacidad psicológica, y el actor pretende la adición de este porcentaje al ya establecido por la incapacidad física.

Conforme ya ha desarrollado mi colega en su voto, sabido es que el daño psicológico tiene autonomía conceptual, pero no resarcitoria y su reparación puede incluirse tanto en la faz patrimonial como extrapatrimonial. Tal criterio, es el que ha seguido la jueza *a quo*, por ser sostenido además por este cuerpo, tanto en su anterior composición como por la actual.

En efecto, para su indemnización diferenciada, se requiere que estos daños sean determinados con el auxilio de la ciencia especial, es decir de la psiquiatría y además ser irreversible. Todo lo cual no ha sido producido ni acreditado en la causa.

Esto no significa que tales daños, que no tienen la autonomía necesaria para su indemnización diferenciada, no deban ser considerados y así reparar integralmente los daños sufridos por el actor. En este caso, será el juzgador quien tendrá amplias facultades para determinarlos conforme su sana crítica e incluirlos dentro de la faz patrimonial o extrapatrimonial.

En el *sub examine*, el perito asigna una incapacidad psicológica del 30%, y la calificó de grave, sin

embargo, dicho porcentaje se basó fundamentalmente, en la imposibilidad del actor de continuar trabajando en la construcción. Al mismo tiempo, destaca en el actor, "un fracaso en la defensa, que altera su economía psíquica de manera inespecífica", aclarando luego que dichas ansiedades depresivas reactivas a las secuelas producto del accidente deben entenderse sin duda alguna como sufrimiento espiritual puesto que corresponden a un deterioro en la vitalidad general y un menoscabo en la capacidad de goce del sujeto. Por ello, entiendo acertadamente, y según la mayor identificación conceptual con la faz extrapatrimonial, la jueza *a quo* contempló dicha incapacidad dentro del rubro daño moral, razón por la cual, en tanto el actor pretende la adición de los dos porcentajes, el agravio no puede prosperar.

Así las cosas, teniendo en cuenta los siguientes parámetros a utilizar en la fórmula matemática Mendez, según art. 1746 CCC, tomaremos los parámetros de salario mínimo vital y móvil del mes de febrero de 2023, que asciende a $67.743; el porcentaje de incapacidad del 25%, y 94 meses –desde la fecha del hecho sin el mes de convalescencia, sobre el que me detengo luego-, con los cuales se llegará a una indemnización de $1.591.960, debiendo revocarse la indemnización establecida en la instancia de grado de $500.000.

Tasa de interés:

Las quejas de la actora respecto a la tasa de interés aplicable al rubro incapacidad sobreviniente, como respecto a los gastos terapéuticos se desarrollan en el primer y noveno agravio respectivamente. La citada lo edita en el segundo agravio.

Pretende la aplicación de una tasa pura del 12% en base a lo fijado en precedentes del cuerpo.

Al respecto he dicho en otros pronunciamientos que la utilización del precedente citado, no reviste obligatoriedad en tanto, en principio, el caso concreto resulta diferente al que motivó el mencionado pronunciamiento, y la propia colega como autora, lo ha aclarado en el voto anterior, al tiempo que no representa el criterio de este cuerpo.

Ahora bien, según lo resuelto en los párrafos anteriores en conceptos indemnizatorios por incapacidad sobreviniente, habiéndose utilizado el SMVM del mes en curso, es decir, a valores actuales, entiendo la tasa pura resulta adecuada.

Es que los intereses que resarcen el daño que aquí se reclama son justamente de carácter resarcitorio, y se deben desde el momento en que el daño ha sido causado –art. 1748 CCyC-, en el caso, desde la fecha del accidente -22 de noviembre de 2014 y en tal sentido, integran la indemnización, en virtud del principio de reparación plena.

Sin embargo, no es este aspecto el que presenta rispideces y posiciones variadas, sino la tasa de interés aplicable, tasa pura, tasa activa o una acumulación sucesiva de ambas.

En este aspecto, habrá de tenerse en cuenta que la obligación de resarcir el daño es una obligación de valor, ya que el objeto que se debe no es el dinero como en las obligaciones dinerarias, sino que se debe un valor determinado, una utilidad o ventaja patrimonial, sin perjuicio que en definitiva se satisface con una suma de dinero.

La doctrina y jurisprudencia no es pasiva ni uniforme en este tema que nos ocupa, sin embargo, merituando que se ha actualizado el importe de los ingresos a la fecha de la sentencia, teniendo en cuenta que nos encontramos, como señalé precedentemente, ante una deuda de valor, la aplicación de una tasa pura del 8% desde la fecha del accidente hasta la de la sentencia evita distorsiones, ya que de aplicar la tasa activa en ese período y con el valor actualizado –en el caso a los $67.743-, al contener un componente de actualización dicha tasa, se produciría un doble reconocimiento de la desvalorización del dinero y por lo tanto un enriquecimiento indebido del acreedor. Distinto sería el caso que se utilizara un importe desactualizado de ese SMVM, por caso el de la fecha del siniestro, ya que la tasa pura no ajusta ni actualiza el valor indemnizable y entonces beneficiaríamos al deudor.

No me queda más que adherir en cuanto resulta clara y precisa la demostración efectuada por la colega prevotante, quien ha detallado la variación del índice de inflación desde el año 2014 en que ocurrió el siniestro, y en función de ello ha propuesto la tasa pura del 8% tanto para el rubro incapacidad sobreviniente, desde la fecha del siniestro hasta la fecha de la sentencia y de allí en adelante, y para el caso de incumplimiento, tasa activa conforme lo establece el decisorio de grado. Para los gastos terapéuticos, igual tasa será desde la fecha del siniestro y hasta el dictamen pericial, y de allí, en lo sucesivo, corresponde aplicar la tasa activa fijada señalada.

El agravio al respecto, prospera parcialmente.

Tercer agravio. Lucro cesante:

La admisión del rubro lucro cesante fue resistida por la citada en garantía –cuarto agravio-, mientras que la parte actora cuestionó su cuantificación.

La aseguradora sostuvo que la sentenciante incurre en contradicciones al expedirse sobre el rubro, en tanto no obstante afirma que no existe acreditado en el expediente un cese o pérdida de ingresos por parte del actor, otorga la partida por la suma de $70.000.

El accionante, a su turno cuestionó la indemnización admitida aduciendo que resulta insignificante.

Sostuvo que fue probado el tiempo de convalecencia por un plazo de 6 meses, y que los ingresos pueden obtenerse de la escala salarial del rubro, tal fuera manifestado precedentemente.

Peticionó se reajuste el rubro y se condene por el mismo a abonar la suma debiendo readecuarse el monto del presente rubro en la suma de $573.436,8 con más intereses a la tasa pura del 12% anual.

En el *sub examine* el actor pretende la reparación de este rubro sobre la base de seis meses de convalecencia, los que consideró no fueron debidamente acreditados.

En efecto, por mucho que se esfuerce el actor de obtener dicha deducción de los dichos testimoniales, lo cierto es que dicho dato no surge de la pericia médica –fs. 530-, tampoco de la testimonial, en tanto ninguno de los declarantes -señores N. y D.- mencionó un lapso mayor a tres meses y, esto último, imprecisamente.

Por ello y la certeza requerida por este rubro para su configuración, han de tomarse los datos que surgen del certificado de fs. 552 por parte del Dr. A. B. que indica 4 semanas de inmovilización.

Ergo, frente a la base de cálculo tomada según el SMVM del mes de febrero, la apreciación de la jueza *a quo* aparece razonable y debe confirmarse.

El agravio del actor debe rechazarse y admitirse parcialmente el de la citada en garantía.

Cuarto agravio:

El rechazo del rubro pérdida de chances es motivo de crítica por parte del accionante.

Señala que el rubro es rechazado con fundamento en la escasa información suministrada en el escrito de demanda y ausencia de prueba respecto de la escala de la actividad económica, lo que debe ser extraído de las escalas salariales de la actividad.

Por otra parte, sostiene que la magistrada pone en duda su imposibilidad para continuar llevando adelante las tareas de albañilería, no obstante ello surge de los puntos g) e i) de la pericia.

En razón de ello, aseveró que debe estimarse la pérdida de chance sufrida como consecuencia de ver frustradas sus posibilidades de realizar los trabajos de albañilería que desempeñaba.

Solicitó a tales efectos se revoque la sentencia y se fije una suma indemnizatoria que repare integralmente el daño padecido.

Al respecto, cabe precisar que con "pérdida de chance" se indican todos los casos en los cuales el sujeto afectado podía realizar un provecho, obtener una

ganancia o beneficio, o evitar una pérdida, lo que fue impedido por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría o no producido, pero que, evidentemente, ha cercenado una expectativa, es decir, la probabilidad de una ventaja ("V., J. M. M. vs. S. I. S.A. y otros. s. Accidente de trabajo - Acción especial" - SCJ, Buenos Aires, 09/08/2022, Rubinzal Online, RC J 4861/22).

El art. 1739 CCC establece expresamente que la pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

Todos estos aspectos, no han sido corroborados en el *sub examine*, deviniendo su queja vacía de contenido en tanto no logra acreditar la perdida de chance u oportunidad que invoca con el grado de certeza necesario para respaldar su queja.

El agravio no prospera.

Daño moral:

El actor lo numera como en cuarto lugar, aunque corresponde el quinto-. La partida otorgada en concepto de daño moral es objeto de crítica por los dos recurrentes.

La parte accionante entiende que la suma de $300.000 resulta exiguo a efectos de reparar el daño padecido y denuncia falta de fundamentación y vinculación con el caso. Peticiona se eleve el monto.

La tercera citada en su tercer agravio, por el contrario, entiende que la suma condenada deviene desmesurada e irrazonable y peticiona se reduzca

sustancialmente aduciendo que no debe confundirse reparación integral con enriquecimiento sin causa.

Respecto al agravio, principio por destacar que la dificultad para ponderar la configuración y posterior cuantificación de este rubro, radica justamente en la subjetividad que lo caracteriza, lo cual incluso puede resultar imperceptible al resto o incluso al propio dañado.

El daño moral se proyecta sobre derechos subjetivos extrapatrimoniales y consiste en el sufrimiento causado como dolor, o como daño en las afecciones.

En relación a la prueba, y como ya dijera, si bien el daño moral siempre debe ser probado, y en este sentido el CCC no distingue en materia de daño patrimonial y extrapatrimonial en cuanto a la carga de la prueba, en muchos casos, el daño moral no requiere incluso, prueba directa de su existencia y se acredita a través de presunciones judiciales, por el solo hecho de la acción antijurídica, del cual se desprende ínsito y con ello, la titularidad del derecho de la accionante.

A su turno, atendiendo la queja de la actora, corresponde precisar en cuanto a la cuantificación, el tema ha motivado la reforma del art. 1741 CCCN por medio del cual se recurre para su reparación a las “satisfacciones sustitutivas y compensatorias” que pueden procurar las sumas reconocidas en concepto de indemnización, las que deben estimarse por el juez, de conformidad los antecedentes de la causa y el daño sufrido.

En relación al caso de autos, además de la lógica consecuencia en su tranquilidad, traducido en angustias, estados de ánimo, alteración de su paz espiritual, etc.,

han de tenerse en cuenta las conclusiones de la pericia psicológica, que advierte de ansiedades depresivas, por lo que, conforme lo dicho al tratar la incapacidad sobreviniente, debe valorarse tal situación al cuantificar este rubro.

Por ello coincidiré con la colega prevotante en su elevación a la suma de $600.000 a la fecha del hecho, manteniendo la tasa de interés fijada en el decisorio de grado, suma que podrá ser utilizada por el actor para satisfacer los placeres sustitutivos que sean de su agrado, en función de lo normado en el art. 1741 CCC.

El agravio del actor prospera, rechazando en consecuencia el de la citada en garantía.

Agravio por omisión de indemnizar costos –se numera 5 y 7, aunque corresponde 6 y 7-:

La accionante critica además la omisión de indemnizar los siguientes rubros:

1) Fisiokinesioterapia: conforme señala indicados por la perito en el punto E, en que refiere que tiene un costo por sesión de $1.000 y a lo que agrega en el punto 4 de las aclaraciones que se puede estimar una cantidad anual de (60).

2) Drenaje quirúrgico: que, conforme expone, bajo anestesia general debió realizarse y según las aclaraciones brindadas en el punto 1, se estimó en $80.000 el costo.

3) Gastos de movilidad: que fueran reclamados junto a los gastos médicos y de farmacia.

En tratamiento de esta queja, corresponde destacar que, conforme el art. 1746 CCC los gastos médicos, de farmacia y movilidad o transporte se presumen, por lo

que ante el hecho acreditado y las lesiones ocasionadas al Sr. C., se desprenden ínsitos estos gastos.

La sentenciante de grado, otorgó la suma de $50.000 por gastos médicos, kinesiológicos y de farmacia. Tales gastos fueron estimados por la jueza *a quo* en función de los confirmados por la perita actuante en los puntos b), d) y e) de la pericia de fs. 529/531 y también aclarados respecto al costo del drenaje quirúrgico en pto. 1 de fs. 585.

En función de lo prescripto, entiendo razonables y prosperarán por la suma de $130.000, propuestos por la colega prevotante, comprensivos de los gastos médicos, farmacéuticos, de movilidad ($50.000) y los del drenaje quirúrgico ($80.000) por el estudio y tratamiento realizado. La tasa de interés será a tasa pura desde la fecha del siniestro y hasta la de la pericia médica y de allí tasa activa fijadas por la jueza *a quo*.

En suma, los agravios prosperan parcialmente, y se rechazan respecto a los gastos de movilidad.

Octavo agravio:

Tratamiento quirúrgico futuro y rehabilitación: cuya posibilidad dejó abierta la pericia médica ante la progresión de las limitaciones por degeneración articular, gasto que se estimó en $80.000 más $20.000 de rehabilitación o bien $200.000 más la rehabilitación dependiendo de la gravedad.

Los daños futuros son resarcibles siempre que se trate de daños ciertos, esto es de daños que se presentan como indudables o con un alto margen de probabilidad, no así los daños inciertos, esto es, los eventuales, hipotéticos o conjeturales (Id SAIJ: SUI2000592).

En el caso de autos, no advierto acreditado con la pericia médica –pto. f-, la necesidad de estos gastos, con la certeza necesaria para acoger el rubro, solo se refiere a una situación hipotética de la que devendría la necesidad, por lo que el agravio no prospera.

Noveno agravio:

Se trató al decidir sobre la incapacidad sobreviniente y la tasa de interés, por lo que a ello remito.

Décimo agravio. *Límite de cobertura*:

Por ultimo objetó el actor que la magistrada de grado no se expidiera respecto a al pedido de actualización del límite de cobertura que fuera introducido oportunamente al alegar.

Argumentó que atento al tiempo que ha trascurrido desde el siniestro y hasta el dictado de la sentencia, el sentenciante debió considerar que el monto establecido como límite de cobertura oportunamente pactado se ha visto claramente depreciado, resultando insignificantes los montos por entonces previstos en orden al importante proceso inflacionario por el que atraviesa el país.

Criticó que, no obstante ello, nada dijera la jueza *a quo* al respecto, dejando expresado que el límite de cobertura es el originalmente previsto, es decir el pactado y por el que se pagara hace más de ocho años.

A más de la irregularidad procesal que destaca el voto precedente, agrego respecto al punto que la cuestión radica a mi entender, en el rol que cumple la Superintendencia de Seguros de la Nación en este tipo de contratos por adhesión, que no es otro que ser el organismo de contralor a través del cual el Estado

efectúa la vigilancia del contenido de sus cláusulas, con un fin social que es la protección de los asegurados y también de los terceros damnificados frente a situaciones abusivas, aprobando, de corresponder, los contenidos de dichos contratos y pólizas de seguros -como la que en su momento suscribieron entre el demandado Sr. V. y la C. de S. B. R.- C. Limitada-, actualizando a su vez, los importes de los límites de cobertura, a fin que las mismas no se tornen ilusorias.

Esta actualización por parte de la SSN persigue a su vez un claro objetivo, cual es el que el interés asegurable se mantenga indemne, o al menos lo más posible, ya que pretender mantener el límite de cobertura luego de más de ocho años del siniestro, como en el caso que nos ocupa, no satisface de manera alguna aquel interés y por tanto resulta ajeno al fin del contrato y a la dinámica reparadora que persigue. Y ello, reitero, en modo alguno implica modificación de los elementos esenciales del mismo, sino pretender conjugar el aumento del importe del límite a la par del aumento de los salarios en una economía con inflación estructural como la que nos aqueja.

Lo expuesto me convence de acoger favorablemente el agravio y, en consecuencia, establecer que el límite de cobertura será el determinado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, que se encuentre vigente al momento más próximo al pago de los montos de condena que establezca la presente, como también de las costas en caso de superar el límite pactado.

El agravio prospera.

Quinto agravio de la citada en garantía.

Honorarios del perito psicólogo:

La citada en garantía cuestionó por último los honorarios fijados en favor del perito psicólogo por exorbitante, aduciendo que de la literalidad del fallo surge que el dictamen pericial no arroja conclusiones conducentes para la resolución del caso.

El tratamiento de este agravio deviene inoficioso, en tanto, conforme han sido resueltos los anteriores, procede la readecuación de costas conforme el art. 282 CPr., coincidiendo en este punto con la propuesta por mi colega prevotante.

A la segunda cuestión, la Dra. Robert dijo:

Ergo, llegado este estadio y por los argumentos vertidos en los párrafos precedentes, adhiero en un todo de conformidad a la fórmula postulatoria propuesta por la colega que abre el acuerdo, Dra. M. F. Zanatta. Así lo voto.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A, y Ley V-174), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Fernando Nahuelanca no emite su voto.

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

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora, fundado a fs. 886/894, contra la Sentencia nro. 40/21 de fecha 15 de diciembre de 2021 (fs. 829/842), con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente el punto 1 de la parte resolutoria de la sentencia aludida elevando el monto de condena a la suma de dos millones cuatrocientos ochenta y cinco mil setecientos tres pesos ($2.485.703)

por incapacidad sobreviniente, lucro cesante, daño extrapatrimonial, tratamiento psicológico, gastos de fisiokinesioterapia/rehabilitación, drenaje quirúrgico y gastos de movilidad, con más los intereses fijados según los considerandos respectivos.

3) Revocar parcialmente el punto 2 de la parte resolutiva de la sentencia aludida y disponer que el límite de cobertura de la póliza nro. 23/287932 se extienda al establecido por la Superintendencia de Seguros de la Nación más próximo a la fecha de pago, debiendo atender con el mismo a intereses que integran el monto de condena, así como las costas si superan el límite pactado.

4) Confirmar la imposición de costas de primera instancia.

5) Imponer las costas de la alzada a los demandados vencidos.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia al Dr. N. D. en el diecisiete por ciento (17%), al Dr. E. T. en el doce por ciento (12%), al perito psicólogo J. M. F. M. en el tres por ciento (3%) y a la perita médica M. F. G. en el tres por ciento (3%), porcentajes a calcular sobre el monto del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

7) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. N. D. en el veintisiete por ciento (27%) y al Dr. E. T. en el veintiséis por ciento (26%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

8) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. 06 DEL AÑO 2023
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "C"