

## **DAÑOS Y PERJUICIOS**

- Incapacidad sobreviniente
- Daño moral
- Daño actual - Daño futuro
- Gastos
- Intereses: inicio cómputo

**“P. J. E. c/ La Cabaña S.A. y otros s/ daños y perjuicios”**

**Tribunal:** Excma. Cámara de Apelación Civil y Comercial - Sala I

**Causa:** 51.397      **R.S.:** 94/05      **Fecha:** 28/04/05

### **Firme**

/// la ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los VEINTIOCHO días del mes de abril de dos mil cinco, reunidos en la Sala I del Tribunal, los señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, doctores Juan Manuel Castellanos, Liliana Graciela Ludueña y José Eduardo Russo, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "P.J.E. C/LA CABAÑA S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" y habiéndose practicado el sorteo pertinente (art. 168 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código de Procedimientos Civil y Comercial), resultó que debía observarse el siguiente orden: Dres. LUDUEÑA-CASTELLANOS-RUSSO, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

**C U E S T I O N E S**

1ra.: ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 268/277?

2da.: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

#### V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION: la señora Juez doctora Ludueña, dijo:

I) Contra la sentencia definitiva dictada a fs. 268/277, interponen las partes y la citada en garantía recursos de apelación, que libremente concedidos, son sustentados a fs. 320/7, 330/331 y 333 bis/335, replicados a fs. 338/339, 344/345.

Actuó la pretensión resarcitoria la Sra. Juez a-quo, condenando a La Cabaña S.A., condena extensiva a Trainmet Seguros S.A. a pagar a J.E.P. la suma de \$50.800, con más sus intereses y costas.

II) Fijó la Sentenciante en las sumas de \$10.000 la incapacidad sobreviniente y de \$20.000 el daño psíquico. La actora considera que dichos montos son exiguos, la demandada y la citada en garantía sostienen, que no corresponde indemnizar por separado el daño psíquico ya que no constituye un tercer género y además por considerar los montos elevados.

Como consecuencia de la caída al bajar del micro, la actora sufrió traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento, traumatismo cervical, lumbar y de la pierna izquierda, fractura de húmero con colocación de prótesis con

dos clavos. Fue trasladada para su atención al Policlínico San Justo y luego al Sanatorio Mitre donde fue operada.

El perito médico dictamina que presenta artrosis de columna cervical y pinzamiento de disco lumbosacro, patología que en modo alguno puede atribuirse al accidente, así como tampoco secuelas en la pierna izquierda. Pudo constatar que la fractura fue de 1/3 medio de húmero, se le hizo yeso y el día 3/9/99 se le dio el alta, reinternada el 8/9/99 para someterla a cirugía con implante de prótesis. Al momento del examen presenta cicatriz post-quirúrgica y secuelas en forma de parestesias en miembro superior izquierdo y limitación en los movimientos, estimando que presenta una incapacidad parcial y permanente del 30% T.O. (pericia de fs. 240/248, explicaciones de fs. 259/60, de la que no encuentro mérito para apartarme, art. 474 C.P.C.C.).

A su turno, el Perito Psicólogo dictamina que la accionante presenta un estado neurótico-traumático, que se manifiesta en reacciones que interesan a los sistemas vegetativos y neuronales, estimando una incapacidad parcial y permanente del orden del 50% T.O., aconseja una psicoterapia individual, con un costo promedio por sesión de \$40 (fs. 199/202, explicaciones de fs. 212/213, artículo 474 C.P.C.C.).

Tanto la integridad física, como la vida humana tienen un valor económico y su afectación se traduce en un perjuicio patrimonial indemnizable (S.C.B.A., D.J.J.B.A. 119-457). Las aptitudes personales se consideran con valor económico en relación a lo que producen o pueden producir en el orden patrimonial, productividad que se manifiesta no

sólo como trabajo productor de renta sino también en todos los aspectos de la vida de un ser humano. Las lesiones motivan la reparación patrimonial, que comprende, tanto lo relativo a las lesiones traumáticas como a las psíquicas pues cabe atender a todas las calidades físicas y psíquicas que permitan a la persona obrar normalmente, de modo tal que si las mismas se vieron afectadas por el hecho dañoso, el menoscabo debe ser reparado (mi voto, Cs. 33.702 R.S. 142/95; 40.489bis R.S. 241/98; 51.258 R.S. 361/04).

No corresponde indemnizar el daño psíquico por separado, tal como sostienen los apelantes accionados, pues no constituye un tercer género de daños, sino hacerlo dentro de la incapacidad sobreviniente. Es decir, que en la especie la actora ha sufrido daños y secuelas, peritados por los expertos, aunque discrepe con los porcentajes por ellos establecidos ya que no son vinculantes para la Alzada. Es que, la fuerza probatoria del dictamen pericial -reza el artículo 474 C.P.C.C.- será estimada por el Juez teniendo en consideración la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca, es decir que, la ley 7425 consagró con todas las letras el principio de la sana crítica como lo hizo en general con todos los medios de prueba, "sin que pueda considerarse, como alguna vez se ha decidido en la jurisprudencia -escribe Morello- que el haberse omitido requerir explicaciones o plantear observaciones, ha de llevar necesariamente y por si

sólo, a admitir sin más la fuerza probatoria del dictamen desde que ésta es cuestión que ha de estimar indelegablemente el juez en la sentencia". Agregaré, que el fundamento del mérito probatorio de la peritación radica en una presunción concreta de que el perito es sincero, veraz y posiblemente acertado; experto en la materia; que ha estimado cuidadosamente el problema sometido a su consideración y que ha emitido su concepto gracias a las reglas técnicas que aplica en forma explicada, motivada y convincente, de ahí que la credibilidad que el Juez le merezca depende no sólo de la experiencia del perito, sino de su preparación técnica sumada a la fundamentación del dictamen (mis votos Cs. 24.412 R.S. 159/90; 36.636 R.S. 231/96; 41.423 R.S. 174/99).

Ello sentado, valorando que la actora contaba con sesenta y cinco años a la fecha del infortunio, su condición de pensionada, su nivel de vida, es que considero justo y equitativo fijar la indemnización por incapacidad sobreviniente en la suma de \$50.000 (artículos 1068, 1086 Código Civil, 165 in fine C.P.C.C.), acogiendo el agravio de la actora y desestimando el de los demandados, modificando este aspecto del decisorio.

III) Fijó la Sentenciante en la suma de \$15.000 el daño moral, apelando la actora por considerarla baja y los demandados por considerarla alta.

A la luz de lo normado por el artículo 1078 del Código Civil, el daño moral debe comprender el resarcimiento de la totalidad de los padecimientos físicos y

espirituales derivados del ilícito, su estimación no debe ni tiene porque guardar proporcionalidad con los daños materiales emergentes del ilícito pues la magnitud del daño en tal sentido, sólo depende de la índole especial del hecho generador de la responsabilidad y no del resarcimiento específicamente referido al daño material. El reconocimiento y resarcimiento del daño moral depende -en principio- del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido sin que sea necesaria otra precisión (causas 31.042 R.S. 74/94, 31.272 R.S. 21/94, 34.349 R.S. 214/95, 51258 R.S. 361/04).

Ello sentado, a la luz de las constancias objetivas de la causa, las dolencias padecidas por la actora, su edad, el tiempo de recuperación, las consiguientes molestias es que me llevan a propiciar elevar el monto de esta indemnización a la suma de \$40.000, acogiendo el agravio de la actora y desestimando el de los demandados, modificando este aspecto del decisorio (artículo 165 in-fine C.P.C.C.).

IV) Fijó la Sentenciante en las sumas de \$2.000 los gastos médicos y de farmacia y de \$2.000 el tratamiento kinésico. La actora se agravia por considerarlo bajo y los demandados por su procedencia ya que no se probó que haya realizado el tratamiento y además porque al establecerlo como daño futuro se estaría otorgando una doble indemnización. También se quejan de la procedencia del daño psicológico y la actora considera bajo su monto.

Todo daño es cronológicamente posterior al evento dañoso. Esos daños se ubican en el momento de la sentencia que declara reunidos los presupuestos de la

responsabilidad civil del obligado a responder, estima en particular los daños y condena finalmente, a su resarcimiento.

Es decir, la sentencia considera como presente, como "actual", todo daño efectivamente producido al momento en que se dicta. El Juez en su sentencia, deberá referirse a aquello que se alegó y probó, actividades desarrolladas en momentos anteriores, pero fusionadas en el instante de la sentencia. Serán entonces daños "futuros" los que, necesariamente, con certeza, han de producirse luego de su dictado.

Dicho de otro modo, daño actual es el menoscabo ya operado y subsistente en el patrimonio de la víctima al momento de la sentencia; daño futuro, es aquél que todavía no ha existido, pero que ciertamente existirá luego de su dictado. Es un daño jurídicamente relevante en cuanto revista los caracteres de certidumbre, un daño cierto, la simple posibilidad o eventualidad, no bastan a la hora de exigir su responsabilidad (Moisset de Espanes, "Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro"; Zannoni, "El daño en la responsabilidad civil", pág. 41).

Ha quedado acreditado por la pericia médica la necesidad del tratamiento kinésico (dictamen ya referenciado), no expidiéndose acerca de la duración y frecuencia del mismo, limitado entonces al agravio de los demandados propongo confirmar este aspecto del decisorio, considerando adecuado su importe, por lo que desestimo el agravio de la actora (arts. 165 C.P.C.C., 1086 Código Civil).

La indemnización debida por los gastos de curación, más que un resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, constituye un reintegro del valor de los gastos hechos por el lesionado, sea que los hubiere abonado con anterioridad o que los adeudare, ya que al pagar todos los gastos u obligarse a hacerlo, experimenta un menoscabo inmediato en su patrimonio, se trata, en definitiva, de una pérdida real y efectivamente sufrida.

Si bien estos gastos deben probarse por el reclamante (artículo 375 del C.P.C.C.), no es menester una prueba concluyente, en razón de la absoluta necesidad de los mismos y de la dificultad de obtener los medios probatorios, pero es necesario, que guarden relación de causalidad con la naturaleza del daño sufrido. La indemnización entonces debe fijarse a la luz de lo prescripto por el art. 165 in fine del C.P.C.C., con suma prudencia, pues la falta de una prueba específica obliga a recurrir a dicha norma y no puede convertirse en una fuente de indebido beneficio. Ello sentado, valorando el tipo de lesiones, el tiempo que demandó su curación, estimo justo y equitativo, resarcir este rubro en la suma de \$1.000, desestimando el agravio de la actora y acogiendo el de los demandados (artículos 1086 Código Civil y 165 in fine C.P.C.C.).

En cuanto al tratamiento psicológico, habiéndose acreditado con la pericia del perito psicólogo su necesidad corresponde actuarlo, pero su monto debe ser actuado con suma prudencia pues dependerá de la evolución de la

paciente, no pudiendo pactarse de antemano, de ahí que proponga mantener la suma fijada, desestimando los agravios.

IV) Finalmente se quejan los demandados del momento a partir del cual comienzan a devengarse los intereses, sosteniendo que en el caso de tratamiento corren desde que se efectúan. No les asiste razón.

En efecto, tratándose de un hecho ilícito se deben a partir del mismo, ya que se ejerce una pretensión de resarcimiento de los daños causados por un cuasidelito y la causa fuente de la obligación de resarcir es el hecho ilícito en cuyo caso la mora se produce ex-re (artículos 499 y 622 del Código Civil) (S.C.B.A. Ac. 40.669 12/9/89; 45.272 11/8/92; esta Sala, mi voto Cs. 33.697 R.S. 111/95). Tesis que mejor se compadece con la idea de indemnización integral que inspira en esta materia nuestra legislación.

V) Como los agravios dan la medida de la competencia de esta Alzada (artículos 260, 261 y 266 C.P.C.C.), propongo modificar el monto indemnizatorio a la suma de \$94.800 (\$50.000 por incapacidad sobreviniente, \$40.000 por daño moral, \$1.000 por gastos médicos, \$2.000 por tratamiento kinésico y \$1.800 por tratamiento psicológico). Costas de esta Instancia a los apelantes demandados, fundamentalmente vencidos (artículo 68 párrafo 1ero. C.P.C.C.), difiriendo las regulaciones de honorarios (art. 31 ley 8904).

Voto, en consecuencia, PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA

A LA PRIMERA CUESTION: el señor Juez doctor Castellanos, dijo:

Discrepo con el voto que precede de la Dra. Ludueña en cuanto indemniza los ítems incapacidad psico-física y daño moral.

En cuanto al monto otorgado por incapacidad psico-física en \$50.000, lo considero exiguo, conforme los mismos precedentes de este Tribunal para casos análogos.

La Magistrada preopinante, manifiesta estar de acuerdo con los peritajes médico y psicológico, aunque discrepe con los porcentajes acordados, lo cual es consecuencia con la doctrina de esta Sala de que no son vinculantes.

Si bien coincido en que los porcentajes de incapacidad acordados por los peritos no son vinculantes, a falta de otra pericia constituyen indicios precisos, graves y concordantes (art. 163 inc. 5° del CPCC).-

Según el diccionario de la Real Academia Española, **pericia** es "sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte", llamándose **peritaje** "al trabajo o estudio que hace un perito".

En el Derecho Romano donde se esboza la figura del perito, incluso la del **perito médico**, pues en el **Digesto** (Año 527. Se integra de las decisiones de los jurisconsultos romanos, distribuidas ordenadamente (de allí el nombre *Digesto*). También se le conoce por *Padectas* (que lo contiene todo). Esta obra se la encargó JUSTINIANO a TRIBONIANO, en una

Comisión de dieciséis juristas que éste eligió) aparece ya que "es testimonio del médico no es igual al de cualquier testigo, sino **un juicio**", es decir, una valoración que no es lo mismo que el relato de un hecho.

La pericia es un testimonio, generalmente escrito, de terceros extraños al juicio que deponen sobre hechos que no han presenciado y que son de naturaleza técnica (Conf. mi voto Cs. 36.841, R.S. 153 (SD) del 17/05/2001).

Sobre el apartamiento arbitrario de la pericia médica ha dicho la Casación Provincial : "La circunstancia de que la pericia médica no obligue al tribunal del trabajo, no significa que pueda apartarse arbitrariamente de la misma; en todo caso la desestimación de las conclusiones debe ser razonable y científicamente fundada (fecha 12/8/86, causa 36.450, Juez Salas, Trib. S.C.B.A.; fecha 20/10/87, causa 37.708, Juez Salas, Tribunal S.C.B.A., fecha 6/10/92, causa 49.243, Juez Salas, Trib. S.C.B.A.). También se ha dicho que **incurre en absurdo el fallo del tribunal del trabajo que relativiza las conclusiones de la pericia médica mediante afirmaciones domésticas y carentes de respaldo científico que es menester** (fecha 3/7/90, causa 44.297 Juez Salas, Trib. S.C.B.A.).

Sostengo que las afirmaciones del voto precedente, para apartarse de la gravedad y el porcentual de las lesiones de la actora, que pormenorizadamente describe, carecen de respaldo científico, ni de otra pericia que avale tal apartamiento, a mi criterio injustificado.

Así la concausalidad que el perito médico manifiesta a fs. 242 vta es respecto del traumatismo cervical y lumbar, lo que le permite afirmar al experto que no presenta secuelas en esos territorios atribuibles al accidente.

Pero más adelante el perito afirma a fs. 243 vta "Se aprecian secuelas claramente demostrables en el examen clínico, radiológico, y electromiográfico de la fractura padecida, donde aquí, si, hay constancias de su padecimiento y atención en Sanatorio Mitre. Dicha fractura fue de 1/3 medio de húmero, se le hizo yeso el día 3 del 9 del 99 alta provisoria y fue necesario someter a la Sra. Peralta a cirugía con implante de prótesis el día 8 del 9 del 99 - Al momento del examen presenta cicatriz postquirúrgica y secuelas en forma de parestesias en miembro superior izquierdo, dolor espontáneo y ante cambios climáticos, limitación en los movimientos especialmente aquellos que impliquen levantar el brazo, dificultando tareas como por ejemplo la de alcanzar objetos, peinarse, alisarse el cabello, abrocharse botones altos y muchas más.-VII.- CONCLUSIONES: Presenta secuela de fractura de húmero sometida a cirugía con implante de prótesis que le ocasiona una incapacidad del 30% de la T.O en forma parcial y permanente que **guarda relación con el accidente del 1 del 9 del 99**". (resaltado en negrita me pertenece).-

A su turno el perito psicólogo, se expide a fs. 199/202, en sus conclusiones de fs. 200 vta expresa que la actora padece la afección mental denominada Neurosis Postraumática.

A fs. 201 informa que de las pruebas diagnósticas administradas a la actora ésta revela los sentimientos de abandono, negación, carencia, persecución culpa y depresión frente al contexto de "peligro y miedo" que artificialmente se recreó para obtener una muestra del estado emocional profundo que el individuo tiene... El daño psíquico provocado por una acción violenta y sorpresiva (de índole traumática), cuya reaparición se teme inconscientemente y que produce efectos de inhibición y restricción en su conducta interactiva e internamente provoca trastornos de adaptación por desestructura de la personalidad. (sic, parciales de fs. 201).

Para concluir a fs. 202 el grado de incapacidad del 50% con relación a la conducta manifiesta del accidentado. De acuerdo al Baremo de Incapacidades Psicofísica de la Dirección de Reconocimientos Médicos de la Provincia de Buenos Aires y sin perjuicio de cualquier otro baremo que Su Sría. estime aplicar.

Advierto de este modo que para la indemnización del daño psicofísico, en una persona de 65 años al momento del accidente, por 65% de incapacidad (por el método de la capacidad restante, es decir 30% y 50% del 70% restante), aunque no sea vinculante resulta una presunción grave, precisa y concordante, para considerar exiguo la indemnización propuesta por la Sra. Juez que me precede en el orden de la votación, que no se fundamenta en otras pericias, ni en otros baremos que los utilizados por los expertos. Por ello, discrepo en el monto, dejando propuesto se acuerde a la actora por su incapacidad psico-física la suma de \$80.000, de acuerdo a los

valores otorgados por este Tribunales en similares casuísticas.  
(Art. 1083 del C. Civil y 165 del CPCC).

Del mismo modo disiento con el monto acordado por daño moral.

El daño moral importa, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa en el 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. (Conf. PIZARRO, Ramón Daniel "DAÑO MORAL", Ed. Hammurabi pág. 47, mi voto en causa 45344 R.S.: 201 del 3/7/2001 entre otros).

En lo atinente al daño moral debe comprender, en el caso de lesiones, la totalidad de los padecimientos físicos y espirituales derivados del ilícito, como son el dolor y la incertidumbre sobre las consecuencias futuras, no debiendo su estimación guardar relación con los daños materiales. En sí, es daño moral todo sufrimiento o dolor que se padece independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial y que no ha de confundirse por un factor moral o derivado del mal hecho a la persona o a sus derechos y facultades. (Mi voto en causas 46.911 RSD 135 del 23/5/02 (SD), 46.948 R.S.D 191 del 20/8/02 (SD) entre otras).

Teniendo en cuenta los padecimientos sufridos por la accionante, de conformidad con las circunstancias comprobadas de la causa estimo ajustado a derecho elevar el

monto por esta partida a la suma \$70.000, por estimar exigua la suma acordada en el voto precedente de \$40.000 (art. 1078 del Cód. Civil y 165 del CPCC).-

Sobre estos dos únicos rubros, dejo propuesta mi disidencia.

Voto, en consecuencia, PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Russo, por iguales fundamentos adhiere al voto de la doctora Ludueña, votando también PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTION, la señora Juez doctora Ludueña, dijo:

Conforme se ha votado la cuestión anterior corresponde por mayoría modificar el monto indemnizatorio a la suma de \$94.800 (\$50.000 por incapacidad sobreviniente, \$40.000 por daño moral, \$1.000 por gastos médicos, \$2.000 por tratamiento kinésico y \$1.800 por tratamiento psicológico). Costas de esta Instancia a los apelantes demandados, fundamentalmente vencidos (artículo 68 párrafo 1ero. C.P.C.C.), difiriendo las regulaciones de honorarios (art. 31 ley 8904).

ASI LO VOTO.

Los señores Jueces doctores Castellanos y Russo por los mismos fundamentos, votaron en análogo sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

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

Morón, 28 de Abril de 2005.-

**AUTOS Y VISTOS:** De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el Acuerdo que antecede, por mayoría de fundamentos se modifica el monto indemnizatorio a la suma de \$94.800 (\$50.000 por incapacidad sobreviniente, \$40.000 por daño moral, \$1.000 por gastos médicos, \$2.000 por tratamiento kinésico y \$1.800 por tratamiento psicológico). Costas de esta Instancia a los apelantes demandados, fundamentalmente vencidos, difiriendo las regulaciones de honorarios.

Fdo.: Dra. Liliana Graciela Ludueña, Dr. Juan Manuel Castellanos, Dr. José Eduardo Russo. Ante mí: Dr. Ricardo Amilcar Osorio.-