

**PEREZ GREGORIA c/ LINEA
EXPRESO LINIERS SAIYC Y OTRO
S/ DAÑOS Y PERJUICIOS
CAUSA N°: 2771/1
JUZG. N° 1
R.S.D. N°: 41 /13
Folio N°: 240**

En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 11 días del mes de abril de dos mil trece, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Primera, del Departamento Judicial La Matanza, Doctores Ramón Domingo Posca, Eduardo Angel R. Alonso y José Nicolás Taraborrelli, para dictar pronunciamiento en los autos caratulados: "**Perez Gregoria c/ Linea Expreso Liniers SAIYC y Otro s/ Daños y Perjuicios**", causa n° 2771/1, habiéndose practicado el sorteo pertinente -art.168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-, resultó que debía ser observado el siguiente orden de votación: **DRES. TARABORRELLI- POSCA- ALONSO-**; resolviéndose plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1ª cuestión: ¿Es justa la sentencia apelada?

2ª cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JOSE NICOLAS TARABORRELLI dijo:

I.- Los antecedentes del caso.-

Se trata de un caso en el cual una pasajera de un transporte público de personas, resultó víctima de ciertas lesiones corporales, acaecidas mientras era transportada. La Sra. Jueza Colega de Primera Instancia dictó sentencia haciendo lugar a la demanda incoada por la misma, y condenando a los demandados y a la aseguradora al pago de los daños y perjuicios causados con más sus intereses y costas.

II.- Los recursos de apelación y sus agravios

La sentencia dictada a fs. 414/429, fue apelada a fs. 437 por la actora y concedido el recurso a fs. 438 y desistido a fs. 445 y proveído a fs. 446. Por su parte a 441 apelan los demandados y la aseguradora, recurso que fue concedido a fs. 442 primer párrafo.

A fs. 456/65 expresan sus agravios los quejosos apelantes, poniendo en crisis el fallo recurrido bajo los siguientes fundamentos. Les causa agravio la sentencia por tener por acreditado del hecho y conceder cada uno de los rubros que componen a la misma. Y subsidiariamente les causa perjuicio el haber concedido el rubro incapacidad física y psicológica y los montos fijados para cada uno de ellos como también gastos de tratamiento psicoterapéuticos, el rubro lucro cesante y los gastos a asistencia médica. Y finalmente la omisión del tratamiento de la franquicia planteada. A fs. 467/69 responde la parte actora el traslado de los agravios expuestos precedentemente.

LA SOLUCIÓN

Centrados los agravios expuestos por los demandados y la citada en garantía, por una cuestión de orden metodológico corresponden abocarme al estudio, tratamiento y solución de los mismos siguiendo la misma sistemática esbozada por los quejosos apelantes, a saber.

III.- ¿Fue probado el hecho ilícito, que resulta ser la causa-fuente de la obligación de reparar el daño causado?

Para dar respuesta a este interrogante en forma y modo preliminar, sentencio desde esta vocalía nro. 1º, a mi cargo, que la existencia del hecho o acto ilícito generador de responsabilidad civil en cabeza de los demandados y de la citada

en garantía, se encuentra acreditada, sobre la base del siguiente desarrollo, a saber: **a)** En primer término presumo (art. 163, inc. 5º del Cód. Proc.) que la citada en garantía tomó conocimiento de la comisión del hecho ilícito y por supuesto de la existencia de la I. P. P. nro. 262.173, expediente mediante el cual tramitó la denuncia por lesiones culposas formulada por la actora, en virtud de que esta aseguradora y "Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada", desde fines de 1.997 conforman el denominado "Grupo Asegurador Rivadavia", ambas con domicilio en 7 nro. 755 de la Ciudad de La Plata, Pcia. De Bs. As., la primera dedicada al seguro de transporte público y la segunda a seguros generales, (fuente: www.ssn.gov.ar. Registros/aseguradoras/ent DatosGrales.aspx (fecha 5/4/2013); www.segurosriবাদavia.com/institucional (5/4/2013), toda vez que Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada, se presenta mediante la Dra. Claudia Castrillo (opoderada) en la I. P. P. nro. 262.173, que fue ofrecida: "ad effectum vivendi et probandi", apiolada por cuerda floja al principal, solicitando extracción de fotocopias a fs. 12/15, adjuntando a fs. 16 comprobante de tasa de justicia, y que a fs. 17 la Sra. Rosso retira las fotocopias pertinentes y que fuera autorizada oportunamente a esos efectos a fs. 12 y 12 vta. Nuevamente la misma apoderada en la citada causa penal a fs. 21, reitera el desarchivo de la misma, para obtener fotocopias y que a fs. 22 acredita ser apoderada de la Aseguradora y dice textualmente: "En razón de que mi mandante ha recibido reclamo civil por las consecuencias del hecho que aquí se investiga, a los efectos de analizar la existencia de la cobertura que en el aludido reclamo se endilga a mi mandante, se autorice a sacar fotocopias. Empero, ya a fs. 12 de la misma causa expresó textualmente: "Dado que mi representada otorgo cobertura asegurativa por los daños causados con la unidad automotriz involucrada en el accidente, origen de esta causa- acaecido en fecha 2/6/2.005, a los efectos de recabar antecedentes relativos a dicho accidente, para formación de su legajo, solicito se autorice a la suscripta y/o al Dr. Daniel Alberto Ochoa, y/o a la Sra. Carmen Beatriz Rosso para extraer fotocopias simples -a nuestra costa- del expediente sustanciado, en su totalidad" (sic.). El cargo al pie de dicho escrito lleva fecha 14 de septiembre de 2.006. **b)** Tampoco puede pasarse por alto la respuesta producida a fs. 6 de dicha I.P.P., de la cual surge expresamente que Línea Expreso Liniers S. A. I. y C. tomo también conocimiento de la producción del accidente en perjuicio de un pasajero en el cual intervino un colectivo de la línea

88 interno 42 de su propiedad. Esta presentación que en la causa penal formula la empresa de transporte demandada, hace presumir también que la citada en garantía “Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros” fue anoticiada de la existencia de dicha causa penal por su asegurada la empresa de transporte publico de pasajeros accionada. **c)** De confrontar los poderes judiciales otorgados a sus letrados respectivamente por Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros (glosado en fotocopia a fs. 48 del juicio principal) y por Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada (foliado en fotocopia a fs. 13/15 de la I. P. P. de marras) la nómina de abogados apoderados casi es la misma, encontrándose la Dra. Coppola como apoderada en los dos poderes. Sobre la base de esta presunción resulta inexplicable la conducta asumida por los demandados y la citada en garantía consistente en negar la existencia del hecho objeto del presente juicio. Que dadas estas conductas contradictorias de la empresa de transportes de personas y su aseguradora, consistentes en negar –en sede civil- la producción del hecho ilícito, empero y en la etapa de investigación penal preparatoria toman conocimiento de su acaecimiento, incurrirían –con sus conductas procesales y antijurídicas- en la contradicción de sus propios actos o de los actos propios, violando así y de ese modo el principio de la buena fe, tutelado por el primer párrafo del art. 1.198 del Cód. Civ., toda vez que la conducta ulterior en modo alguno puede modificar una conducta anterior pronunciada en un sentido y que produce sus efectos jurídicos. **d)** Que sin perjuicio de todo lo considerado, “Orbiter dicta” (a mayor abundamiento) a los efectos de resolver las críticas al fallo propuestas por la apelante quejosa y que giran en torno a la valoración que S. S. realiza de las declaraciones testimoniales, someteré a tratamiento dichas quejas, a saber.

Que la I. P. P. 262.173 fueron recibidas (en fotocopias que dan cuenta las piezas de fs. 242/265) –en sede civil- en fecha 10/7/2008, según surge de la constancia y el proveído de fs. 266, haciéndole saber a las partes de su recepción, a sus efectos, pero en modo o forma alguna, la recepción por parte del Juzgado civil de una causa penal ofrecida –como prueba instrumental publica en poder de terceros- deba notificarse por cédula a la contraparte, por cuanto no esta previsto en el Código Procesal, ni es de practica procesal en la justicia. Posteriormente en fecha 9/5/2012 fue recibido el expediente original de dicha I. P. P., proveyéndose a fs. 407 por recibida,

teniese presente y hágase saber. En efecto, la I. P. P. mencionada fue ofrecida como prueba instrumental pública en poder de terceros, al prever el art. 332 del Cód. Proc., que si se tratare de prueba documental, que no la tuvieran a su disposición las partes, la individualizaran indicando su contenido, el lugar, archivo, oficina pública y persona en cuyo poder se encuentre. En tal sentido –en la oportunidad en que se proveyó a los medios probatorios ofrecidos- se ordena librar oficio a la Unidad Funcional de Instrucción en lo Correccional, requiriendo la remisión al juzgado de trámite fotocopias de dichas actuaciones penales, producidas a fs. 242/265, proveyendo por S.S. agréguese y hágase saber. Dicha causa penal que constituye un instrumento publico, quedó incorporada como prueba documental a estas actuaciones civiles, que por el principio de adquisición procesal, prueba en contra o a favor de cualquiera de las partes en el presente litigio, y sin que en su tiempo oportuno la quejosa agraviada formulara objeción alguna, en su consecuencia sus planteos en esta Instancia revisora – en cuanto a que debería habersele notificado la remisión de la causa penal al juzgado actuante-, devienen improcedentes, por cuanto toda esa cuestión se encuentra preclusa, sin perjuicio de que tenía conocimiento de la existencia de la misma, pues se había notificado de ella y retiró copias de todas sus actuaciones (ver fs. 1/27). Además cuando la actora promovió la demanda judicial ofreció el sumario penal o la I. P. P. como prueba y de ello se le corrió traslado a la demandada y su aseguradora conjuntamente con el traslado de la demanda y tampoco en esa oportunidad formularon objeción alguna respecto a las constancias, actuaciones y testimonio incorporados a la misma.

Que con referencia a la testigo Rosalba Carballo Galeano, -cuya idoneidad como resalta la Sra. Juez Colega de Primera Instancia no fue cuestionada- quien no presenta D. N. I. y si lo memoriza, estimo que dicho testimonio rendido en sede policial –resulta válido- de conformidad a lo que surge de fs. 7 de la I. P. P., toda vez que es evaluado en su conjunto con los otros testimonios producidos a fs. 126/9, 130/33, 156/158, 134/5 y 408 del juicio principal (Seres. C. Gallo, Sergio Gallo. Melamud y Ojeda) corroborados todos ellos -con aplicación del principio de la prueba compuesta- con y por los otros medios probatorios rendidos –entre ellos- la H. C. de fs. 209/213 y fs.276/280; y fs. 172/180 y fs. 292/305, las pericias médicas y psicológicas obrantes a fs. 345/354 y fs. 377/378 y fs. 345/78; el oficio librado a la

Comisaría Distrital Sur II, producido a fs. 220/4; las constancias y actuaciones labradas en causa penal preparatoria glosada en copias a fs. 242/265; me llevan al convencimiento judicial, con aplicación de la regla –como método de apreciación judicial de la prueba- denominado de “la sana crítica”, que doy por acreditado que: a) la calidad de pasajero de la accionante actora (art. 1137,1145, 1198, 1624 del Cód. Civ., y art.184 del Cód. de Com. y arts. 163 inc 5, 375, 384 y 456 del Cód. Proc.; b) que la actora se cayó al piso desde adentro del colectivo, y que la actora estaba subiendo al colectivo y se cayó del mismo; c) Los testigos identificaron el lugar donde se produjo el accidente y más precisamente con dos croquis del hecho realizados por los hermanos Gallo que se encuentran glosados a fs. 129 y 133 respectivamente, en los cuales se describen el lugar o teatro de los hechos, la parada del colectivo, el colectivo mismo, el lugar donde cayó la actora y la ubicación del testigo; d) que el colectivo arrancó luego de la caída de la actora; e) el contrato de transporte también se encuentra acreditado, porque el contrato se perfeccionó con el acuerdo tácito de voluntades y a través del consentimiento tácito. Recordemos que la actora había subido al colectivo y se cayó del mismo porque la puerta estaba abierta, cuando por razones de seguridad debía estar cerrada; e) las lesiones sufridas por la víctima actora se acreditan con el examen médico glosado a fs. 4 vta. de la I. P. P. citada, caratulando el médico a las lesiones graves. Y relata que observa un yeso braquipalmar izquierda por fractura de muñeca de la cual presenta Rx de la misma obtenida en el Htal. de González Catan y del resultado de las pericias glosadas bajo revisión judicial en esta Alzada, la actora ha acreditado el daño a su salud, y que este se produjo con motivo y por el hecho del transporte, por haber violado la demandada el deber de seguridad, como obligación de resultado, esto es llevar al pasajero sano y salvo a su lugar de destino. Es decir que en el contrato de transporte oneroso la empresa transportista suscribe tácita y/o expresamente un contrato de locación de obra, que asegura su resultado. No cumplido el resultado esperado, es responsable de los daños y perjuicios que ha causado.

En su consecuencia, probada la relación de causalidad adecuada existente entre el hecho del transporte (cosa riesgosa o peligrosa) y el daño causado como resultado a la salud de la víctima actora, según el curso natural y ordinario de las cosas, y de conformidad a la experiencia de la vida diaria o las máximas de experiencia del Juez (arts. 901 y 906 del Cód. Civ.), se le atribuyó la responsabilidad objetiva al

chofer demandado y a la empresa de transporte (arts. 184 del Cód. de Com. y art. 1113 del Cód. Civ.), y resultando que el daño a la salud de la actora se produjo a consecuencia del transporte, se invierte la carga de la prueba y le incumbe a los demandados probar para eximirse de responsabilidad total o parcialmente la culpa de la propia víctima (art. 1111 del Cód. Civ.), la culpa de un tercero por el cual no deben responder, y/o el caso fortuito o la fuerza mayor. En razón de no haber los demandados probado algunas de las eximentes de responsabilidad, se los sindican como responsables civiles de este hecho ilícito.

Con referencia a los agravios esgrimidos en torno a las declaraciones testimoniales, aplico la doctrina legal elaborada por nuestra jurisprudencia, que la tildo como uniforme, todo a los efectos de desvirtuar los mismos, y que seguidamente paso a sumariar.

“Prescindir de pruebas que se tienen a la vista, como son las constancias de la causa penal por no haber sido traída a sede civil por instancia de ninguna de las partes, significaría tanto como cerrar los ojos a una realidad objetiva que surge del expediente y que no puede merecer el amparo de la jurisdicción (CNCiv., Sala E, Vicente y otros c/ Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios)”. “Aunque la prueba testimonial de la causa penal se produjo sin el control recíproco de las partes, ello no le quita valor probatorio ni viola el principio de defensa enjuicio, pues en el proceso civil las partes tienen la oportunidad de arrimar las pruebas de descargo que estimen conveniente (CNCiv., J, 23711/99, Gandini, De Nardis L. s/ daños y perjuicios)”. “La memoria suele guardar sólo lo esencial o al menos aquellos datos que atrajeron en mayor medida la atención del testigo, de manera que esos errores u olvidos perceptivos están presentes en todos los testimonios sin excepción, al punto que resultarían sospechosos aquellos otros que pese al transcurso del tiempo permanecen inmovibles, como los que corresponden a un texto bien aprendido (CNCiv. Sala A, Ramírez Ramos – Feliciano c/ Castellarin de Díaz Rosana A., y otros s/daños y perjurios)” (Fallos sumariados por Daray Hernán, Derecho de daños en accidentes de tránsito, T°3, Ed. Astrea, Bs. As. año 2.008, págs. 228/270).

Por mi parte adoztrino que las imprecisiones de detalles son propias de los testigos que no han sido preparados y deponen espontáneamente lo que vieron y oído lo que depusieron. Si la mayor parte de sus declaraciones revisten el carácter de

importantes, los errores de apreciación, las confusiones y ciertos detalles sin importancia, no deben considerarse, por cuanto los testimonios deben apreciarse en su totalidad y no aisladamente; de allí que no existen razones que hagan dudar de su veracidad, neutralidad e imparcialidad, lo cual permite acordarles fuerza probatoria a los fines perseguidos por quien los aportó. No disminuye el valor probatorio de las declaraciones de un testigo la circunstancia de que no haya podido precisar detalles que se le pidieron, o contestó con algún error involuntario. Téngase en cuenta que no todos los testigos perciben con sus sentidos: vista, oído, olfato y tacto, las cosas o los sucesos fácticos de la misma manera o modo. Influyen en sus registros o percepciones de los hechos, su estado o reacción emocional frente al suceso que observan, su posición socio-económica-cultural- su nivel intelectual de preparación frente a la vida, etc. Está probado científicamente que no todas las personas que deben atestiguar sobre un hecho o suceso registran el hecho del mismo modo o manera y relatan fielmente el suceso acaecido. Esta conclusión parte de la experiencia diaria –de la empirie- que a través de la inducción, es decir, ir de lo particular a lo general, se adquiere el conocimiento sobre una cosa o sobre algo y con la asistencia de las máximas de experiencia del juez.

“Las imprecisiones no pueden tildarse de evasivas cuando el declarante respondió de modo positivo a la mayor parte de las preguntas aportando muchos detalles al haber sido interrogado por ambas partes” (CNCiv., Sala B, 22/2/O5 “Rivas José I. c/ Kronenberg Alfredo y otros s/ daños y perjuicios”, cit por Hernán Daray, op. cit. pág. 272).

En relación al testigo que no declaró en sede civil, pero figura en las constancias del sumario penal agregado, es dable advertir que en atención al principio de adquisición procesal, es necesario y útil apreciar todas las pruebas que de él surjan, máxime cuando el mismo ha sido ofrecido como prueba por la actora y la propia demandada Línea Expreso Liniers S. A. tomó conocimiento de la tramitación de la IPP, conforme presentación que formulara a fs. 6, de dicha causa penal, debiendo señalarse además que el testigo que declara en sede penal, que su valoración no depende de la ratificación en el proceso civil. En el caso de autos, sin perjuicio de que la demandada negara el hecho al igual que la aseguradora, cuando habían prevenido e intervenido en la causa penal, la garantía de la defensa en juicio y el contralor sobre la

prueba testimonial rendida en sede penal, no estarían violadas porque a pesar de saber de su existencia, asumieron una conducta mendaz negando el hecho y su responsabilidad. Tampoco la demandada y su aseguradora provocaron en su caso el nuevo examen de esa testigo en el proceso civil, pues es lógico que así sea –desde la posición que asumieron- por cuanto negaron la comisión del hecho ilícito. En su consecuencia, propongo desestimar éstos agravios y confirmar ésta parcela del fallo.

IV.-Daño a la salud Física.

Vengo reiterando en mis votos en otros casos similares al presente, que el daño a la persona incide, en cualquier aspecto del ser humano, designándose como daño a la integridad psicosomática, con lo cual se cubre lo que de naturaleza posee y tiene el hombre. Se entiende por salud, según la definición formulada por la Organización Mundial de la Salud, “...un estado de completo bienestar psíquico, mental y social“. Todo daño a la persona repercute en la salud del sujeto al alterar, en alguna dimensión, su estado de bienestar integral y general. En la especie, estamos frente a un daño a la salud, mientras compromete el entero modo de ser de la persona y representa un déficit en lo que atañe al bienestar integral de la persona humana. Que el art. 12 de la Constitución de la Pcia. de Bs. As. As., determina que todas las personas en la Provincia tienen derecho a la vida, a la “integridad física, psíquica y moral“. Por ello la afectación de dicha integridad configura un daño indemnizable. No se trata de reparar una incapacidad, sino todo daño real ocasionado a una persona humana, en cuanto ésta tiene derecho a conservar frente a lo demás aquella integridad, a que su cuerpo no se vea dañado o alterado (art. 1.068, 1.069, 1.083 del Cód. Civ.). Dentro del concepto de incapacidad sobreviniente corresponde que se incluya a toda disminución física, que deje una secuela permanente para el trabajo o la vida de relación al sujeto que lo sufre, considerando el juzgador de tal forma a la salud en su cabal integridad. Las secuelas aunque parciales, habrán de acompañar siempre a la víctima del accidente, produciéndole una minusvalía que la indemnización pecuniaria tratará de remediar en una suerte de equivalencia, sobrellevando de tal manera el menoscabo de su plenitud física, que la víctima solía gozar con total plenitud y con la debida amplitud y libertad. En suma, se trata de resarcir a la persona humana por la totalidad de los menoscabos que la hayan afectado en la integridad material y espiritual que constituye (art. 5-1 Convención Americana de Derechos Humanos). Transita la vigencia de la “tesis de la

inviolabilidad de la persona humana“, y el que daña a un tercero debe resarcir el mal causado, sobre la base del apotegma romanista “no dañar al prójimo“, -con fundamento cristiano- que cobra lozanía con raíz constitucional en el art. 19 de la C. N. En el Congreso Internacional de Derechos de Daños (junio de 1991) la Comisión n° 1, al tratar el Daño a la persona, aprobó las siguientes conclusiones: 1°) La inviolabilidad de la persona humana, como fin en si misma, supone su primacía jurídica como valor absoluto. 2°) La persona debe ser protegida no sólo por lo que tiene y puede obtener, sino por lo que es y en la integridad de su proyección...“. “...3°) El daño a la persona configura un ámbito lesivo de honda significación y trascendencia en el que pueden generarse perjuicios morales y patrimoniales...“. El Juzgador no puede estar ajeno al principio de progresividad que enuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), recordando que la dignidad de la persona humana constituye el centro o eje sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional, haciendo presente el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos y sociales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Es por ello que, en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, no está ausente la evaluación del daño como frustración del desarrollo de la plena vida. El art. 1.086 del Cód. Civ., no menciona a la incapacidad permanente, sin embargo el art. 89 del Cód. Penal se configura el delito de lesiones, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño; disponiendo el art. 90 del mismo cuerpo legal que si la lesión produjera una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra, o se hubiese puesto en peligro la vida del ofendido, lo hubiere inutilizado para el trabajo se le impondrá reclusión o prisión de 1 a 6 años; pero es éste, el renglón principal del resarcimiento y se configura cuando el delito o cuasi-delito deja en la víctima una secuela irreversible, que se traduce en la invalidez permanente del lesionado para el desempeño de cualquier trabajo sea la incapacidad total o parcial. Cuando la incapacidad es parcial y permanente – caso de autos- debe en primer lugar establecerse el déficit de capacidad en que quedó afectada la víctima en comparación con la aptitud completa del sujeto para el trabajo, lo que se mide en términos de porcentaje y a partir de pericias médicas. Sobre dicha base el juez

efectúa la estimación del monto indemnizatorio teniendo presente la actividad desplegada normalmente y los ingresos que la misma significa, es decir lo que produciría un sujeto en un 100 % de su capacidad. La doctrina judicial ha elaborado en este tema las siguientes pautas: el cómputo de la incapacidad se hace atendiendo a las posibilidades genéricas de la vida y no sólo al déficit para determinado trabajo; a tal fin se computarán las cualidades personales de la víctima, edad, sexo, salud, etc., la lesión de carácter permanente debe ser indemnizada ocasione o no un daño económico actual, pues su reparación no comprende solamente el aspecto laborativo sino el valor del que la víctima se ve privada en el futuro, sobre todas las consecuencias que afecten su personalidad. (entre otros: Santillan Elsa Noemí c/ Mansilla Juan Manuel y otros s/ Daños y Perjuicios. Causa 2647/1 RSD NRO.: 205/12, Folio Nro.: 1250, Coronel Ramón Alberto c/ Tulian Medrano Guerino y Otros s/ Daños y Perjuicios. Causa 2448/1, RSD. NRO.: 115/12, Folio Nro.: 562, Matos Gabriel Alejandro c/ Perez Carlos Alberto y Otro s/ Daños y Perjuicios", causa nº 2617/1, RSD NRO.: 229/12, Folio Nro.: 1227, "Massaro Silvia María c/ Dom Car S.A. y Otros s/ Daños y Perjuicios", Causa Nro.: 2567/1, RSD. NRO.: 178/12, Folio Nro.: 911).

De los medios probatorios que seguidamente paso a describir, se encuentra probado que la actora sufrió un daño a su salud, a saber: a) A fs. 222 vta. la Comisaría Distrital Sur 2da. de Virrey del Pino informó que: "En el archivo de esta seccional logro constatar que en fecha 6 de junio de 2.005 figuran actuaciones caratuladas: "Lesiones culposas", en donde resulta víctima Gregoria Pérez"; b) Que la lesión física causada en la muñeca izquierda de la actora por la caída al suelo desde el colectivo se encuentra denunciada y que consta su actuación fs. 1 de la I. P. P. avalada por la declaración testimonial de Rosalba Carballo que luce agregada a fs. 7 de dicha causa penal; c) Este último testimonio se encuentra corroborado por la declaración de los hermanos Gallo producida a fs. 126/129 y 130/133, al afirmar que una señora estaba subiendo al colectivo y cae al piso (segunda respuesta) y que se lesionó la mano izquierda (tercera respuesta), cuyos testimonios coinciden con el de Judit Teresa Melamud, que relata a fs. 156/7: "la familia de la Sra., Pérez a media mañana de un día que no me acuerdo cual fe (...) había tenido un accidente en el colectivo. Ella estuvo un mes de licencia en casa (...) volvió unos días a trabajar con el brazo enyesado, creo que el brazo izquierdo., creo que vino una semana y luego renunció, estaba con dolor y

no podría seguir trabajando en casa”. Trabajaba en mi casa como empleada doméstica y cuidaba a mi hijo que es menor de edad”. “En mi casa cobraba \$600,00 por mes, mas aguinaldo y vacaciones”; d) También del informe médico obrante a fs. 4vta. de la I. P. P. surge el examen físico que se observa: “la presencia de yeso braquialpalmar de mano izquierda por fractura de muñeca de la cual presenta Rx. de la misma obtenida en el Hospital Km. 32 de González Catan”; e) Todos estos medios probatorios se encuentran convalidados por las Historias Clínicas agregadas a fs. 276/280 y fs. 292/305 de las cuales se acredita en fs. 174 Rx. muñeca desplazada, se indica cirugía y a fs. 212 se informa que recibe asistencia médica en la guardia del Hospital de González Catan. A fs. 276/280 se remite copias de constancia de asistencia médica e informe a fs. 280 que: “la paciente Pérez Gregoria ha ingresado a la guardia del establecimiento el 2/6/2.005 y finalmente a fs. 292/305 se remite fotocopia de la H. C. de la cual surge la intervención quirúrgica que se le realizó y colocación de yeso “antebraquialpalmar”. f) Asimismo de la pericia médica glosada a fs. 352/4 se expide en el sentido de que la actora sufrió fractura de muñeca izquierda, inmovilizándola con férula de yeso y no produjo los resultados buscados, razón por la cual fue intervenida quirúrgicamente, para realizar osteosíntesis con clavos. Se observa disminución de la flexo-extensión en la muñeca referida izquierda. Le otorga una incapacidad del 10%, a al cual se le adiciona un 5% por la razón de haber sido necesaria la osteosíntesis con clavos para la reducción del problema. Se sugiere rehabilitación con especialista en neurología para intentar rehabilitar la sensibilidad disminuida. Esta lesión invoca una incapacidad por lesión del nervio mediano (sesitivo) del 5% y que a fs. 377 el experto responde aclaraciones y brinda las explicaciones requeridas concluyendo que: “La incapacidad denotada, es incapacidad médica, real y definitiva, con relación causal con el siniestro” (sic.). En suma, declaro a este dictamen pericial médico con fuerza probatoria por cuanto se ajusta a las prescripciones legales de los arts. 472 y 474 del Cód. Proc., encontrándose el mismo avalado y corroborado por las declaraciones testimoniales antes consideradas y las constancias de las historias clínicas y de la I. P. P. antes referenciadas, consideradas bajo la óptica de las reglas de la sana crítica.

En efecto, sometiendo a estudio los agravios expuestos por la demandada y la citada en garantía, entiendo que corresponde aplicar las siguientes pautas pretorianas, a los efectos de justipreciar de modo prudente y razonable el rubro

incapacidad física sobreviniente parcial y permanente, sobre la base de las siguientes pautas: Que a la fecha del accidente la actora, tenía 53 años de edad (ver fs. 1 de la Causa Penal), ama de casa y de profesión empleada doméstica, su remuneración mensual de \$600, su sexo femenino, casada, con hijos, su situación socio-económica, (según beneficio de litigar sin gastos), la edad de promedio de vida útil de la mujer es hasta los 74 años, y que considerando el grado de incapacidad física de 15% de la T.V./T.O que se tendrá en consideración a los efectos de la evaluación de éste daño a la salud (arts. 472 y 474 del Cód. Proc.), propongo confirmar este rubro que S.S. fijó en la suma de pesos **CINCUENTA Y DOS MIL QUINIENTOS (\$52.500,00)**.

V.- El daño Psicológico y los gastos de tratamiento psicoterapéuticos.

La demandada critica esta parcela del fallo pues dice que habría una doble indemnización, al sintetizar –según su posición- que se rezarse uno u otro, pero no los dos rubros.

Estimo que con referencia a este embate no le asiste razón en sus quejas a la apelante, porque el daño psicológico causado a la actora víctima reúne los caracteres jurídicos de parcial y permanente. Ello es así, toda vez que a fs. 350/4 el perito médico legista informa en cuanto a la concepción funcional del daño psicológico, puede hablarse de la existencia de un daño psíquico en un determinado sujeto cuando esta presente un deterioro disfuncional, disturbio o trastorno o desarrollo psicogénica o psico-orgánico, que afectando sus esferas afectiva y/o intelectual y/o volitiva limita su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativa. Diagnostico: Neurosis mixta – ansioso-depresiva, en periodo de estado leve ha moderado, estimada en base al Baremo Nacional y Baremo para daño neurológico y Psíquico de Castex y Silva. Se sugiere psicoterapia con el fin de mitigar secuelas derivadas del presente cuadro psicoclínico. A tenor del tiempo transcurrido se desestima posibilidad de remisión espontánea. Área Psíquica. La actora padece al momento actual neurosis mixta depresiva en periodo de estado leve ha moderado que invoca una incapacidad del 5% según baremo de Mario Castex y Silva. Se sugiere tratamiento psicoterapéutico, dado el tiempo transcurrido se desestima remisión espontánea del cuadro y la sugerencia de psicoterapia es al solo efecto de evitar su progresiva agravación. Dicha incapacidad guarda nexos causal con el incidente de

autos. El perito a fs. 378 brinda explicaciones respecto al area psíquica y en el tópico 5 dice: “El tratamiento sugerido, podrá mejorar o no el cuadro que padece la actora, si es posible asegurar que evitará su agravación progresiva”. En suma declaro con validez y fuerza probatoria el dictamen pericial psicológico, pues se ajusta a las disposiciones legales de los arts. 472 y 474 del Código Procesal.

Es doctrina legal de esta Sala que integro, que cuando la incapacidad parcial ya sea física o psíquica o psicofísica se prolonga en el tiempo más y durante el plazo de dos (2) años se la considera de carácter permanente.

Y este precisamente es el caso de autos, en el cual la actora sufrió el accidente en fecha 2 de junio de 2.005, y la pericia psicológica le fue practicada según de cuenta el dictamen cuya pieza corre agregado a fs. 343/354 en fecha 25 de junio del año 2.010 de conformidad al cargo estampado al pie de dicho escrito (véase fs. 354). Como puede observarse desde la fecha del accidente hasta el acto de peritación transcurrieron holgadamente cinco (5) años y la incapacidad psíquica causada por el accidente en la persona de la actora según el curso natural y ordinario de las cosas y la experiencia de la vida diaria (arts. 901 y 906 del Cód. Civ.) no se había borrado, por lo tanto opino -a mi juicio- que dicha afección en la salud psicológica a la actora reviste el carácter de permanente, reuniendo dicho daño a la salud los siguientes caracteres jurídico que lo califican como resarcible entre ellos, a saber: a) es personal, b) esta presente, c) es cierto y d) y es actual es decir persiste en el momento de dictar sentencia.

A mayor abundamiento, ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: “No genera doble indemnización reconocida por el daño psicológico y el tratamiento terapéutico posterior porque en materia de hechos ilícitos corresponde la reparación integral del perjuicio sufrido por la víctima y, dentro de tal orden de ideas, los desembolsos necesarios para la rehabilitación terapéutica de los actores resultan consecuencias del hecho dañoso y son imputables al responsable del mismo a tenor de lo dispuesto por el art. 901 y siguientes del Código Civil. Acreditada la necesidad de tratamiento psicológico, carece de significación el resultado que pudiera arrojar el mismo porque éste obviamente opera para el futuro pero no borra la incapacidad existente hasta entonces, también imputable al responsable del ilícito”. (SCBA, AC. 69476 S 9-5-2001, Juez Laborde (MA) en autos Cordero, Ramón Reinaldo y otra c/ Clifer s/ Daños y Perjuicios”, JUBA; DJBA 161, 1).

En suma y teniendo en consideración todos los fundamentos expuestos y especialmente lo aconsejado por el perito medico legista en el sentido que es aconsejable un tratamiento psicoterapéutico, estimo que corresponde confirmar esta parcela del fallo que fija o cuantifica el resarcimiento del daño psíquico conjuntamente con los gastos de tratamiento psicoterapéuticos en el importe de \$14.000,00.

VI.-El lucro cesante (Lesión física)

Si el delito fuere por heridas u ofensas físicas, la indemnización consistiera en el pago de todos los gastos de la curación y convalecencia del ofendido y de todas las ganancias que este dejó de hacer hasta el día de su completo restablecimiento (art. 1086 del Cód. Civ.). Para el Código Penal es suficiente que se causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño (art. 89). El damnificado directo por ese delito es la víctima de las lesiones. Las ganancias dejadas de percibir, supone que la victima de las lesiones ha sufrido una incapacidad transitoria o temporal. La indemnización está dada por el importe de todas las ganancias que dejó de percibir hasta el día de su completa recuperación; se grava al responsable con los salarios caídos y la frustración de todo lucro que habría podido concretar el lesionado si hubiera atendido a sus ocupaciones corrientes (Ej. Privación temporal del ejercicio de su profesión u oficio, etc.).

En efecto, S. S. fijó en concepto de este rubro la suma de \$3.000,00 sobre la base de que la actora percibía una suma mensual de \$600,00 por las tareas de empleada domestica (ver testimonios de fs. 134, 156/8 de los autos principales y declaraciones de fs. 13/15, ratificadas a fs. 25/27 del B. L. S. G., requiriéndole cinco (5) meses de reposo, a computar desde la fecha del accidente.

La demandada a fs. 464 se queja de la concesión de este rubro entendiendo que queda subsumido por el acápite incapacidad sobreviniente, respondiendo a la incapacidad parcial y permanente, siendo improcedente fijar otra suma por los salarios perdidos. Es decir –según su punto de vista- que el resarcimiento de esa clase de incapacidad absorve el lucro cesante.

Entiendo que le asiste parcialmente razón a la agraviada demandada y citada en garantía, pues el lucro cesante conjugaría parcialmente por las perdidas experimentadas (salarios caídos) durante el tiempo de inactividad laboral, pues el

resarcimiento por incapacidad física sobreviniente parcial y permanente absorbería parcialmente el lucro cesante.

Y digo, “prima facie” en una primera impresión o aproximación que ambos rubros se superpondrían por cuanto el concepto indemnización por incapacidad parcial y permanente se lo calcula – a los efectos de su cuantificación económica- desde la fecha del hecho ilícito hasta la edad de vida útil de la mujer que en estos momentos alcanza la edad de los 74 años y el resarcimiento de la incapacidad transitoria o temporal (denominado lucro cesante) comprende un plazo de cinco meses de reposo de la víctima (considerando que dicha lesión fue calificada como grave, me parece razonable atendiendo al dictamen pericial médico, el plazo de inmovilización de la mano, y la ulterior intervención quirúrgica, que el periodo de reposo de 5 meses, estimado por la Sra. Jueza, resulta procedente) y también se computan desde la comisión del hecho ilícito hasta la fecha del alta médica; sin embargo y de tal manera realizando esta judicatura un reestudio y re-examen de su doctrina legal elaborada sobre este tema –objeto de agravios- resulta necesario perfeccionar y adecuar su criterio legal ajustándolo al presente caso “in-concreto”, debiéndosele descontar prudencial, razonable y equitativamente – a los efectos de evitar una doble indemnización- el porcentaje de incidencia que se resarce como incapacidad física parcial y/o permanente sobre la suma de \$3.000,00 otorgada por el concepto de lucro cesante o incapacidad transitoria, reduciéndose este último rubro a la suma de **PESOS DOS MIL QUINIENTOS (\$2.500,00)** (arts. 1.069, 1.083 y 1.086 del Cód. Civ., y por analogía arg. y doc. del art. 784 del Cód. Civ. y su nota: “del enriquecimiento sin causa y la equidad”, y art. 165 del Cód. Proc. En suma, se hace lugar parcialmente a este agravio que pone en crisis esta parcela del fallo recurrido.

VII.- El daño moral

Surge de los arts. 522 y 1.078 del C. Civ. con claridad suficiente que el bien perjudicado puede ser la persona humana y se requiere una traducción o estimación pecuniaria, directa o indirecta. De donde no habría daño a la persona por un mal a ella causado, si no fuera posible una cuantificación dineraria. El llamado daño moral no es, entonces, un daño extraeconómico o extraordinario; aunque puede calificárselo, como extrapatrimonial porque recae sobre la persona y no sobre el patrimonio (Mosset Iturraspe, J. Responsabilidad por daños, t. V, El daño moral,

Rubinzal Culzoni, Santa fe, 1999, p. 9 y ss. , Pizarro R. D., Daño moral, Hammurabi, Bs. As., 1996, p. 35 y ss. Zabala de González, M. Resarcimiento de daños, Hammurabi Bs. As., 1999, p. 178 y ss.).En cuanto al monto de la indemnización, en el estado actual del Derecho Argentino, la determinación de la cuantía de la indemnización por daño moral constituye un problema de solución aleatoria y subjetiva, librado al criterio del juzgador. Ello es así, evidentemente, por la falta de correspondencia entre un perjuicio espiritual y el patrón dinerario con que se resarce. Pero, además, debido a que falta todo criterio normativo regulador, que establezca algunas pautas comunes, con lo cual el tema queda abandonado a la intuición y discrecionalidad judicial.

Sin perjuicio considero oportuno fijar pautas a efectos de contar con ciertos parámetros orientadores en la materia, a saber: edad de la víctima, sexo, sus circunstancias personales, aspectos que hacen a la vida de relación, condición socio-económica, posibilidades de reinserción en el mercado laboral, gravedad del daño, repercusión de las secuelas en la vida de relación, como también la índole del hecho generador del daño, las circunstancias vividas y protagonizadas en el momento del accidente, las angustias vividas durante las intervenciones quirúrgicas, los días que permaneció internada y los demás sufrimientos y padecimientos, etc.. Como se observa todas estas pautas giran en torno a la víctima y no alrededor del victimario pues la tendencia generalizada de la jurisprudencia apunta a la teoría resarcitoria que le da fundamento jurídico.

Se ha sentenciado que la fijación del importe del daño moral es de difícil determinación, ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, es decir, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una ponderada discrecionalidad del juzgador (C. N. C. Civ. sala F, 18-08-92 LL, 1994-B-277).

Atento a las pautas vertidas, las circunstancias personales de las víctimas – mencionadas “ut supra” al tratar el resarcimiento de la incapacidad sobreviniente, realizado un análisis de los elementos de prueba producidos en autos, más precisamente de las pericias médicas, las historias clínicas incorporadas a la causa, estimo que corresponde confirmar el monto fijado por la Sra. Juez de la Instancia de

origen en concepto del resarcimiento de daño moral en la suma de pesos **VEINTICINCO MIL (\$25.000,00).**-

VIII.- Gastos de asistencia médica, de farmacia y traslado.

Apelan este rubro los demandados y la citada en garantía, agraviándose en el sentido de que la actora, solo ha acreditado la atención por hospitales públicos y no ha acreditado siquiera una atención médica ni gasto particular. Ahora bien, con respecto a los gastos de asistencia médica y de farmacia, la jurisprudencia de esta Sala es abundante y se fundamenta en el art. 1.086 del Cód. Civ., que le da cabida a todas esas erogaciones de los gastos de curación necesarios para recuperar si es factible el estado de la víctima anterior al suceso dañoso.

La circunstancia de que la asistencia médica de los interesados este asegurada por una obra social o a través del Hospital Público, no es de por sí excluyente de la restitución de los gastos en que se deba incurrir para lograr una atención más conveniente. Además pese a la deficiencia probatoria, sin que la actora acompañara los soportes documentales probatorios para justificar esas pequeñas erogaciones razonablemente puede inferirse la existencia de gastos por atención médica y farmacéutica, habida cuenta de la naturaleza de las lesiones y el tiempo que requirió su tratamiento y finalmente, porque guardan relación con las pericias médicas practicadas en autos, corresponde que el tribunal, en uso prudencial de la facultad conferida por el art. 165 del Cód. Proc. que reglamenta el arts. 1.069 y 1.086 del Cód. Civ.), considere que la suma de pesos **UN MIL (\$1.000,00)** fijada por dichos conceptos por la Sra. Jueza de primera Instancia, resulta justa y equitativa, debiéndose confirmar esta parcela del fallo.

IX.- La franquicia.

Se agravia la letrada apoderada de la citada en garantía en cuanto a que encontrándose acreditada en autos la existencia de una franquicia a cargo del asegurado sobre los montos indemnizatorios de \$40.000, la Sentenciante de grado debió expedirse al respecto, consignando y resolviendo claramente sobre la misma, debiendo integrar el texto de la sentencia. Al respecto, cabe señalar que en contraposición a lo manifestado por la quejosa en el libelo de agravios, de la atenta lectura de la sentencia de fs. 414/429, se colige que la Sra. Jueza de la Instancia de origen en el pto. 4 de los considerandos, hizo extensiva la condena a la Mutual

Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros (...) dentro de los límites y con los alcances de la cobertura del seguro (lo subrayado me pertenece), todo ello de conformidad con lo normado por el artículo 701 del Código Civil y el art. 118 de la Ley 17.418. Cuestión ésta, que resolvió en la parte dispositiva del fallo apelado. Por lo tanto este agravio, deviene improcedente

X.- Las costas de Alzada.

Atento al modo en que se resuelve la presente contienda judicial, propicio que las costas generadas en esta Instancia Revisora sean impuestas a los demandados y la citada en garantía, en la medida de la cobertura contratada, ello por aplicación del criterio objetivo de la derrota (art. 68, segundo párrafo del C.P.C.C.).

Por las consideraciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales expuestas, **VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

Por análogos fundamentos los Doctores Posca y Alonso también **VOTAN PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JOSE NICOLAS TARABORRELLI dijo:

Visto el acuerdo que antecede propongo a mis distinguidos colegas: **1º) SE MODIFIQUE** la sentencia de Primera Instancia de la siguiente manera: **a) SE REDUZCA** el monto otorgado en concepto de lucro cesante o incapacidad transitoria a la suma de pesos **DOS MIL QUINIENTOS (\$2.500,00)**; **2º) SE CONFIRME** el resto de la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios; **3º) SE IMPONGAN** las costas generadas en esta Instancia Revisora a los demandados y la citada en garantía, en la medida de la cobertura contratada, ello atento al modo en como se resuelve la presente cuestión y por aplicación del criterio objetivo de la derrota (art. 68, segundo párrafo del C.P.C.C.); **4º) SE DIFIERA** la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad, (art. 31. Decreto Ley 8904/77).

ASI LO VOTO

Por análogas consideraciones, los Dres. Posca y Alonso adhieren y **VOTAN EN IGUAL SENTIDO.**

Con lo que terminó el acuerdo que antecede, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Conforme la votación que instruye el Acuerdo que antecede este Tribunal **RESUELVE:** 1º) **MODIFICAR** la sentencia de Primera Instancia de la siguiente manera: **a) REDUCIR** el monto otorgado en concepto de lucro cesante o incapacidad transitoria a la suma de pesos **DOS MIL QUINIENTOS (\$2.500,00); 2º) CONFIRMAR** el resto de la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios; **3º) IMPONER** las costas generadas en esta Instancia Revisora a los demandados y la citada en garantía, en la medida de la cobertura contratada, ello atento al modo en como se resuelve la presente cuestión y por aplicación del criterio objetivo de la derrota (art. 68, segundo párrafo del C.P.C.C.); **4º) DIFERIR** la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad, (art. 31. Decreto Ley 8904/77). **REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.** Fdo.: **Dr. Ramón Domingo Posca, Dr. Eduardo Ángel Roberto Alonso, Dr. José Nicolás Taraborrelli. –Jueces- Ante mi: Dra. Edith Irene Rota –Secretaria-.**