

Causa nº: 2-58109-2013

"MONTESANO, PABLO IGNACIO C/ ADAMI, JUAN PABLO. DAÑOS Y PERJUICIOS"

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nº 2 - AZUL

Sentencia Registro nº:9..... Folio:

En la ciudad de Azul, a los 20 días del mes de Febrero del año Dos Mil Catorce reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores María Inés Longobardi, Jorge Mario Galdós y Víctor Mario Peralta Reyes, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"MONTESANO, PABLO IGNACIO C/ ADAMI, JUAN PABLO. DAÑOS Y PERJUICIOS"** (Causa Nº 58.109), habiéndose procedido oportunamente a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Dr. GALDÓS - Dra. LONGOBARDI - Dr. PERALTA REYES.**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-CUESTIONES-

1ª – ¿Es justa la sentencia dictada a fs. 370/382 vta.?.

2ª – ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

-VOTACION-

A LA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez **Dr. GALDÓS**, dijo:

I) La sentencia de Primera Instancia hizo lugar a la demanda resarcitoria de daños promovida por Pablo Ignacio Montesano contra Juan Pablo Adami y la citada en garantía, "San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales", a quienes condenó a pagar la suma de \$ 65.000 en concepto de daños, material y moral, con

más intereses y costas, en el plazo de diez días de quedar firme y bajo apercibimiento de ejecución. Dispuso también que la tasa de interés aplicable sea la que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus depósitos a plazo fijo a treinta días y difirió la regulación de honorarios para su oportunidad.

Así las cosas, y circunscriptas en esta instancia las cuestiones litigiosas a la procedencia y cuantificación de los daños, la sentencia de grado consideró acreditados los dos rubros reclamados: daño material y moral. Con relación al primero tuvo en cuenta que el actor, a raíz del accidente, sufrió una incapacidad del 25 %, según la pericia del médico traumatólogo y que requiere de una intervención quirúrgica en el hombro para recuperar su plena actividad funcional. Afirma luego que es difícil hablar de secuelas cuando no se ha realizado el procedimiento quirúrgico reparador. Tras ello, partiendo del concepto amplio de incapacidad sobreviniente -como la secuela o disminución física y psíquica que queda luego de la recuperación de la víctima- y considerando que Montesano pretendía la obtención de un trabajo definitivo y estable que le permitiera contar con una obra social, sostiene que el daño resarcible que se configuró consiste en la pérdida de chances de Montesano de trabajar como guardavidas durante el verano. Ello así ya que la medida para mejor proveer que se dispuso acreditó que el actor ingresó a trabajar a un club local como personal de maestranza por lo que, más allá de su incapacidad, Montesano pudo incorporarse al mercado laboral aunque frustrándose su posibilidad de acceder a su actividad predilecta que era la de guardavidas. También colige que el actor mantiene la chance, pero reducida significativamente, de efectuar reemplazos como guardavidas fuera de su horario laboral de maestranza. Dado que la integridad física tiene un valor indemnizable en sí misma, y en base a lo expuesto, admite el daño material reclamado y lo califica como una pérdida de chance (de

trabajar como guardavidas) que cuantificó en \$ 15.000. El otro rubro reclamado –el daño moral- es admitido en la suma de \$ 50.000 considerando los factores objetivos que deben ponderarse para su valoración. Así, tiene en cuenta que el actor debió ser trasladado al Hospital Municipal en ambulancia, que ingresó confundido y con lesiones de diversa naturaleza y consideración (traumatismo de cráneo y distintas heridas y escoriaciones), que le produjeron secuelas de diferente tipo debiendo permanecer internado mientras se le efectuaron otros estudios, los que fueron solventados por su aseguradora de riesgos del trabajo. Todas esas circunstancias gravitaron desfavorablemente en el ámbito de la vida cotidiana del actor, habiendo tenido que abandonar las actividades recreativas que desarrollaba (natación y triatlón) lo que importa limitaciones físicas y lesiones psicológicas, lo que resulta de la pericia glosada a fs 272/ 273, por lo que cuantifica el rubro en \$ 50.000.

Esa sentencia fue apelada por ambas partes; la actora lo hizo a fs. 388 y el recurso se concedió a fs. 389 y la demandada apeló a fs. 390 y fue concedido a fs. 391.

Radica los autos en la Alzada la actora expresó agravios a fs. 412/418, los que fueron contestados a fs. 422/426; y la demandada hizo lo propio a fs. 420/421 y fueron respondidos a fs. 422/426.

La actora critica el concepto y el monto otorgado por daño material y la suma conferida por daño moral que es exigua. En lo atinente al primer punto se disconforma porque la sentencia soslayó que el actor tenía 30 años al momento del hecho, por lo que le restaban 35 años de vida útil para acceder a su jubilación ordinaria y que Montesano era guardavidas y técnico en electricidad e idóneo en pinturería y albañilería. Además la pericia médica acreditó que requeriría una intervención quirúrgica cuyo costo oscilaba entre \$ 35.000 a \$ 40.000. Con esas

bases conceptuales critica el pronunciamiento que no ponderó que la circunstancia de que el actor haya conseguido un trabajo (de maestranza y no de guardavidas) no lo puede privar de la indemnización por incapacidad que incluye no sólo la laboral sino también la disminución de sus posibilidades y perspectivas futuras. Con cita de varios autores pone de manifiesto que el actor perdió la aptitud y la posibilidad de insertarse nuevamente en el mercado laboral en caso de quedar cesante en su trabajo actual e insiste que la indemnización por incapacidad procede aún cuando la víctima no desarrollara actividad lucrativa. Reitera que la integridad física tiene valor en sí misma, que su alteración acarrea un daño patrimonial innegable y que no se ha considerado que Montesano tiene inseguridad económica y perdió la chance, por resultar incapacitado, de conservar y mejorar su empleo y de tener mayor rendimiento laboral. El restante agravio recae en el monto otorgado por daño moral, que es bajo, y que no considera que tiene naturaleza dual, resarcitoria y sancionatoria. El monto fijado resulta insuficiente porque la sentencia, que no detalló ni indicó cómo llegó a la suma de condena, prescindió de ponderar los sufrimientos del actor, su edad y su proyección en el futuro, apartándose del criterio de la justa reparación. El actor quedó limitado para trabajar y no va a poder desempeñar su profesión de guardavida ni ejecutar tareas de electricidad y pintura. No podrá hacer esos trabajos por su cuenta y necesitará ayuda, todo lo que se agrava porque se trata de una persona joven, de 30 años al momento del hecho.

La expresión de agravios de la demandada cuestiona el tratamiento y valoración del daño material y el monto otorgado por daño moral. En cuanto a lo primero manifiesta que la actora no reclamó ni cuantificó la pérdida de chance por lo que esa cuestión no fue objeto de controversia y esa parte no pudo defenderse de esa pretensión. Se trata de un rubro no reclamado frente al cual no pudo oponerse ni

ofrecer prueba por lo que corresponde revocar la sentencia que admitió un daño no pedido ni controvertido. Más adelante el agravio analiza la sentencia y concluye que no se tuvo por configurado un daño resarcible derivado de la incapacidad del actor, porque si bien sufrió una incapacidad del 25 % con indicación médica de intervención quirúrgica en el hombro, la obtención de un trabajo da cuenta que Montesano no sufrió daños patrimoniales provenientes de las lesiones. En tal caso la sentencia debió rechazar el rubro o cuantificar su monto en base a su escasa incidencia en el patrimonio del actor. Tras ello cita jurisprudencia que sostiene que la prueba de la pérdida de la chance debe atender a la probabilidad concreta de obtener un beneficio y, en subsidio, solicita se lo indemnice de modo reducido atento su escasa entidad. Más adelante cuestiona el alcance y gravedad asignado al daño moral. Por ello, y con citas jurisprudenciales, sostiene que el dinero no puede enjuagar el dolor y que la suma de \$ 50.000 es elevada en función de las circunstancias de la causa, solicitando se la reduzca.

Llamados autos para sentencia y efectuado el sorteo del orden de votación el expediente se encuentra en condiciones de ser resuelto (fs. 427 y 428).

II) 1. Anticipo opinión en el sentido de que la sentencia debe ser parcialmente modificada toda vez que, desde lo conceptual, asiste razón a la demandada sobre la calificación jurídica del daño material resarcible otorgado.

En efecto, el actor, a raíz del hecho ilícito acaecido el 12 de Enero de 2009, sufrió lesiones físicas y psíquicas de diversa intensidad que le produjeron consecuencias que alteran y afectan su integridad, ocasionándole una incapacidad en sentido jurídico (arts. 1066, 1067, 1083, 1086 y concs. Código Civil). Las pericias médicas y psicológicas practicadas en autos dan cuenta que Montesano, de 30 años al momento del siniestro vial, sufrió “un accidente en la vía pública el día 12 de

enero del 2009. Como consecuencia del mismo ingresó al Hospital Municipal con traumatismo encefalocraneano y facial; ingresó confundido con escoriaciones en rostro tórax ambos codos rodillas y tobillos, herida cortante en labio superior, junto a un traumatismo de hombro derecho que le ocasionaron las siguientes lesiones: 1) lesión del manguito rotador; 2) lesión del rodete glenoideo en su inserción capsular de la porción larga del bíceps (lesión de SLAP). Estas dos lesiones le ocasionan actualmente una severa alteración de la movilidad articular y requieren resolución quirúrgica” (sic. pericia médica fs. 315). Más adelante el perito Dr. Ricardo A. Vicente, al fundar su dictamen, explica la función del manguito rotador lesionado en Montesano y su incidencia en la fuerza muscular, lo que en el caso se agrava por la afectación del reborde glenoideo, todo lo que constituye una incapacidad que estima es del 25 % (confr. pericia fs. 315/316 y explicaciones de fs. 327/328; arts. 1066, 1083, 1086 y concs. Cód. Civil; arts 384 y 474 CPC). El perito explica que el actor no tenía antecedentes físicos preexistentes y señala también la incidencia de la lesión en la fuerza del hombro, concluyendo que se “requiere una intervención quirúrgica exitosa y tratamiento kinésico suficiente a fin de reintegrar la actividad funcional del hombro de manera aceptable y poder tener una reinserción laboral satisfactoria a su demanda. El costo aproximado teniendo en cuenta gastos sanatoriales, honorarios del equipo quirúrgico, elementos de sujeción (anclajes), honorarios médicos y tratamiento quinésico posoperatorio sería de 35.000 a 40.000 pesos” (sic. fs. 316). Esta conclusión del perito Dr. Ricardo A. Vicente fue ampliada en las explicaciones brindadas a requerimiento de la demandada a fs. 327/328, son convincentes y claras, no exhiben contradicción y lucen compatibles con lo que enseña el sentido común y lo que sucede de ordinario (fs. cit. 315/316 y 327/328; arts. 901 y 906 Cód. Civil y art. 384 C.P.C.). Por lo demás guardan correspondencia con el informe

emitido por el médico Dr. Carlos Bachellerie que atendió a la víctima a raíz del hecho, según el certificado que extendió y que se agregó a fs 209 (en el que estimaba la incapacidad en el 24 %), el que fue reconocido y ratificado en su declaración testimonial de fs. 218 y vta. (arts. 384, 456 y conc CPC). Si bien las pericias médicas en sede civil tienen un valor orientativo importante para acreditar los porcentuales de incapacidad, aunque no vinculan al juez de modo matemático (arts. 384 y 474 C.P.C.; esta Sala, causas 47.844, 24/02/2005, "Villarreal..."; 13/12/2005, 48.968, "Desch...", entre otras), su eficacia probatoria en el caso de autos está complementada con las constancias obrantes en la historia clínica del paciente (confr. informe del Hospital Municipal de Azul de fs. 228/249; estudios de resonancia magnética agregados a fs. 256/290, causa penal Nº 47019/10, fs. 29/34), con el resultado de la pericia médica glosada en la causa penal acollarada por cuerda (fs. 110 expte. cit.) y con la pericia psicológica de Danesa S. Orella practicada a fs. 272/ 273 y su ampliación de fs 290 (arts. 384, 474, 385, 387 y concs. C.P.C.). En ella se pone de relieve que el actor está en pareja y tiene una hija de 8 meses, que en su hogar también convive con otra niña -hija de su compañera-, y que como consecuencia del hecho y de la imposibilidad de practicar deportes y de no poder compartir el grupo de amigos anterior "el accidente ha provocado lesiones psicológicas y limitaciones físicas que hace que no pueda tener la misma vida social que el actor realizaba mediante el deporte" (sic. fs. 272 vta.). Se explica que el accidente operó en el actor como un hecho traumático que activó la neurosis de base, que devino en neurosis traumática, con síntomas en la hora del sueño, palpitaciones, sudoración, etc. (pericia cit. fs. 272/273 y fs. 290; arts. 384 y 474 CPC). Igualmente los testigos manifestaron, en sentido coincidente, que Montesano trabajaba de guardavida durante el verano, que también lo hacía de electricista, y

que como consecuencia del hecho perdió movilidad en el brazo derecho, sólo puede hacer trabajar las manos, y sufrió cambios en su estado de ánimo por no poder practicar más deportes (testigos Héctor Luis Castiglioni, fs. 203 y vta.; Emilio O. Antonini, fs. 204 y vta.; Soledad N. Figueroa, fs. 219 y vta.; Gastón Ibrissa, fs. 198/199; arts. 384 y 456 C.P.C.). Los testigos son coincidentes, se pronunciaron de modo claro y preciso, sus dichos son atendibles especialmente los de su anterior compañero de trabajo, Emilio O. Antonini, fs. 204), por lo que corresponde valorarlos y asignarles a sus manifestaciones plenos efectos probatorios (arts. 384 y 456 C.P.C.).

En definitiva la prueba pericial producida, integrada con la historia clínica de Montesano y con las declaraciones testimoniales, revelan –sin hesitación- que el actor sufrió una incapacidad física y psíquica a raíz del hecho, estimada pericialmente –como lo dije- en el 25% de la total obrera. También está acreditado que Montesano ingresó 1 de Mayo de 2010 a trabajar como personal de maestranza en el Club de Remo de Azul, percibiendo en el mes de Marzo de 2013 una remuneración bruta de \$ 5.470 (conf. oficio fs. 360/366, como resultado de la medida para mejor proveer dispuesta a fs. 356; declaraciones testimoniales de fs. 204 vta. de Antonini).

Este daño resarcible, esto es el daño material provenientes de la incapacidad física, es el que expresamente se reclamó en la demanda (conf. fs. 41 vta./46; art. 330 incisos 3, 4, 5 y 6º C.P.C.), pretensión en base a la cual se trabó la litis (fs. 124/129; art. 354 C.P.C.), por lo que infringe el principio de congruencia el decisorio que –modificando su emplazamiento legal- interpreta que el daño reclamado lo constituyó la pérdida de chance del actor de trabajar como guardavidas (arts. 34 inc. 4, 163 inc. 5, 164, 226 y conchs. C.P.C.).

En resumidas cuentas: se reclamó el daño material por la incapacidad sobreviniente –cuya configuración en autos está acreditada- por lo que no corresponde indemnizar otro daño distinto y no reclamado (la pérdida de chance de efectuar un trabajo específico y concreto), ya que la circunstancia sobreviniente de que el actor obtuvo otro trabajo (como personal de maestranza del Club de Remo local) no modifica sustancialmente la existencia y procedencia del daño resarcible (arts. 1066, 1067, 1083, 1086 y concs. Cód. Civil).

2. En reiteradas oportunidades este Tribunal se pronunció por el concepto amplio de incapacidad, receptado incluso en el fallo recurrido. “La integridad psicofísica tiene un valor indemnizable ‘per se’ que no solo compete las efectivas y concretas ganancias dejadas de percibir, sino que además incluye la afectación vital de la persona en su ‘mismidad’, individual y social, por lo que a la víctima se le debe resarcir el daño a la salud que repercute en su significación vital” (cf. esta Sala, causa n° 47.749, 03/03/05, “Esteban...”; en el mismo sentido: causas n° 47.411, 13/12/2004, “Andriuolo...” y n° 50.632, 24/10/07, “Brenta...”). En ese mismo precedente se agregó que “la incapacidad sobreviniente incluye, en primer lugar, la repercusión laboral derivada de la minoración económica en el plano productivo, es decir lo que la víctima o su familia percibía regularmente antes del hecho ilícito. Pero no se agota allí el resarcimiento sino que comprende además todas las afecciones a los restantes planos individuales y sociales, al margen del desempeño laboral de la persona, y que abarca las áreas individual, familiar y social” (cf. esta Sala, causa n° 52.818, 11/08/11, “Etcheberry...” cit.).

El daño indemnizable en autos está constituido por la afectación a la integridad psicofísica del actor, estimada por el perito médico en el 25% de la total obrera (pericia fs. 315/316 y 327/328), y por la repercusión económica desfavorable de su

neurosis traumática (pericia psicológica fs. 272/273 y 290; arts. 384 y 474 C.P.C.). Esa alteración de la incolumidad de Montesano tiene significación resarcible y comprende no sólo la falta de ingresos laborales durante el tiempo que no pudo trabajar (desde el hecho, 12/1/2009, al momento de su ingreso al trabajo en el Club, el 1/5/2010), sino también la minoración genérica de su aptitud y potencialidad psicofísica –reducida en el porcentaje del 25% mencionado- que incluye el impedimento del actor de no poder trabajar como guardavida y de tener que desarrollar en el mercado laboral una actividad (personal de maestranza), distinta de la que es la propia de su oficio, más rentable y que constituye su auténtica vocación; todo ello además de la incidencia de la minusvalía en toda su vida personal y social (ver mis artículos “Daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires”, en Revista de Derecho de Daños, Determinación judicial del daño – I, 2004-3, pág. 31 y “Otra vez sobre los daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires”, en Revista de Derecho de Daños, Determinación judicial del daño – II, 2005-3, pág. 89).

Ha resuelto la Corte Federal que "la incapacidad permanente debe ser objeto de reparación, al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida" (C.S.J.N., 21-5-02, Fallos 325:1157; Fallos 315:2834; 321:1124; 322:1792; esta Sala, causa n° 50.557, "Gutiérrez", sentencia del 22-5-07, causa n° 51.655, "Correger", sentencia del 6-3-08, causa n° 52.992, "Comes", sentencia del 6-8-09, causa n° 54.862, "Miranda", sentencia del 23-3-11 y n° 56.851, "Arguello", sentencia del 14/05/13, con voto del Dr. Peralta Reyes, entre otras).

No cabe dudas que las secuelas del hecho (la incapacidad del 25%) dejaron huellas en la estructura psicosomática y emocional del actor, alterando y minorando su capacidad intrínseca o sea la aptitud “per se” para trabajar o para producir bienes en el futuro. Por ello resultan aquí de aplicación conceptos desarrollados antes por este Tribunal, los que reiteraré, y que apuntan a destacar que la incapacidad sobreviniente del art 1086 Cod. Civ. no se agota en la capacidad laborativa (Causa Nº 47.749 3/3/ 2005 "Esteban, Javier Marcelo/Cupani, Cristina Elisa y ot.Daños y Perjuicios"; causa 52.818, “Etcheverry...”). Se sostuvo allí que “la integridad psicofísica tiene un valor indemnizable “per se” que no sólo compete las efectivas y concretas ganancias dejadas de percibir, sino que además incluye la afectación vital de la persona en su “mismidad”, individual y social, por lo que a la víctima se le debe resarcir el daño a la salud que repercute en su significación vital”, (esta Sala, 13/2/97, “Viñas Ana M.c/ Pedersen Pablo G.”, L.L.Bs.As.1997-993; causa 47411 “Andriuolo c/ Ferrosur”, del 13/12/04).El daño patrimonial por afectación a la integridad psicofísica, que no es autónomo (S.C.B.A., Ac.L81159, 27/11/02; D.J.J. 164-125; arts.1068 Cód.Civ) opera como una norma abierta y casi residual ya que con excepción del daño moral, comprende todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluso los daños de salud y a la integridad física y psíquica (C.N.Civ., Sala C, 22/6/04, “Insúa María c/ Chaile Marcela”, R.R.C.y S., , Sept.2004, p.84 ; C.N.Civ., Sala C, 5/9/2000, “Moyano Juan c.c. Kraft Suchard de Argentina S.A.”, L.L. 2000-F,989 (43.255-S). De éste modo la incapacidad sobreviniente incluye, en primer lugar, la repercusión laboral derivada de la minoración económica en el plano productivo, es decir de lo que la víctima o su familia percibía regularmente antes del hecho ilícito. Pero no concluye allí el resarcimiento sino que comprende, en segundo lugar la aptitud intrínseca de la persona y, en tercer lugar,

todas las afecciones a los restantes planos individuales y sociales, al margen del desempeño laboral de la persona y que comprometen las áreas individual, familiar y social. En este último sentido se resolvió que “la incapacidad sobreviniente abarca todo menoscabo en la vida, la salud e integridad o armonía física o psíquica de la persona humana, por lo que el daño debe ser resarcido por tratarse de una disminución en la capacidad vital, aun en los casos en que esa merma o deterioro físico no dificulte la realización de tarea alguna” (C.N.Civ., sala C, 29/6/2004, "G., R. A. c/ Longo, Guillermo", R. C. y S. 2004, 1164; C.Nac.Civ., sala H, 8/3/1999, "Mariño, Fabián R. y otros v. Sanatorio Lavalle S.R.L. y otros", J.A., 2000-I-459, voto Dr.Kiper; C.N.Civ., sala C, 22/6/2004, "Insúa, María R. c. Chaile, Marcela I.", R. C. y S. 2004, 1101; Cám. Civil, Sala C, 07/03/95, "Oros, Daniel Fabián c/ Nacud, Carlos Homero s/ Daños y Perjuicios", voto Dr.Galmarini).

En síntesis, y como lo postuló este Tribunal, la incapacidad sobreviniente comprende: 1) la capacidad laborativa o productiva o sea la pérdida de ingresos o la afectación a la concreta aptitud productiva o generadora de ingresos, rentas o ganancias específicas (una suerte de “lucro cesante” a acreditar en cada caso); 2) la capacidad vital o la aptitud y potencialidad genérica, es decir que no es estrictamente laboral(una suerte de “daño emergente presunto”); 3) el daño a la vida de relación o a la actividad social, estrechamente vinculado con la capacidad intrínseca del sujeto (en cierta manera también un “daño emergente presunto”; esta Sala causa cit Nº 47.749 3/3/ 2005 "Esteban" 13/2/97 ; “Viñas Ana M.c/ Pedersen Pablo G.”, L.L.Bs.As.1997-99). En autos, por sus singularidades, adquieren primacía los dos últimos rubros integrantes del concepto, poniendo de resalto que, sin desconocer su importancia, los baremos o criterios matemáticos son pautas orientadoras para el juez civil, pero no tienen carácter vinculante ni constituyen

parámetros fijos ni pautas rigoristas" (Cám. Apel. Civ.y Com. Lomas de Zamora, Sala I, 02/11/2004, "Angelakis, Nicolás G. c/ Tamagno, Sergio Carlos y ot. s/ Daños y Perjuicios", LLBA 2005, 83; esta Sala causa citada N° 47.749 del 03/3/ 2005 "Esteban..." y n° 52.818, 11/08/11, "Etcheverry...").

Con estas bases conceptuales y partiendo entonces de la amplitud del daño por incapacidad, y de la precisión efectuada sobre su configuración en autos, procede su cuantificación. La explicitación de las pautas fácticas son primordiales para apreciar la razonabilidad de la indemnización, por un lado, y para permitir, por el otro, su revisión por las instancias superiores. Tiene dicho la Casación local mediante voto del Dr. de Lázzari que "en la determinación del quantum indemnizatorio, los jueces deben individualizar y ponderar los elementos de juicio que sirven de base a su decisión, a fin de garantizar un eventual control de legalidad, certeza y razonabilidad de lo resuelto (S.C.B.A., Ac.94556, 07/04/2010, "Schmidt, José Alberto c/ S.A.E.S. Línea 5 s/ Enfermedad Profesional"). Se deben proporcionar "los elementos que permitan reconstruir las operaciones aritméticas efectuadas para arribar al importe resarcitorio (S.C.B.A., 07/04/10 "Schmidt" cit.), porque "apreciar significa evaluar y comparar para decidir, proporcionando los datos necesarios para reconstruir el cálculo realizado y los fundamentos que demuestren por qué el resultado es el que se estima más justo" (S.C.B.A. Ac. C106323, 19/09/12 "V., N.B. c/Durisotti Rodolfo. Daños y Perjuicios"; conf. esta Sala, causa n° 57.090, 27/03/2013, "Pérez..."). Precisamente, a la hora de lograr predictibilidad en esta complicada tarea judicial de cuantificación del daño, se ha destacado la importancia que reviste la publicación de los precedentes judiciales como mecanismo de certeza, más desde un punto de vista distinto al tradicional, pues no es la doctrina lo que interesa, sino las cifras indemnizatorias y su tratamiento estadístico y global (conf.

Highton, Gregorio y Alvarez, Predictibilidad de las indemnizaciones por daños personales por vía de la publicidad de los precedentes, en Revista de Derecho de Daños 2004-3, pág.9; esta Sala, causa 56.851, 14/5/2013 cit., “Arguello...”, con voto del Dr. Peralta Reyes). Luego de referir al derecho comparado hacen hincapié estos autores en el denominado valor del punto por incapacidad, que sería el que ostentaría menor grado de variabilidad, si bien no pueden desconocerse las fuentes de variabilidad que se presentan, esencialmente, por los hechos probados en cada causa y por las diferencias de criterio de cálculo de un juez a otro (ob. cit. pág.15). Y siguiendo el desarrollo realizado por estos autores, se observa que en la fijación del valor del punto por incapacidad cobra relieve una fuerte relación de los montos indemnizatorios con los niveles de salarios (ob. cit. pág.19). Por lo demás, merced a la señalada publicidad de los fallos se hace posible cotejar el valor del punto por incapacidad que fijan los distintos tribunales, procurando observar coherencia en los pronunciamientos (ob. cit. págs.28 y 29; ver también Galdós, Daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires, en la citada Revista de Derecho de Daños 2004-3, págs.58 y 59; esta Sala, causa nº 56.851, 14/05/2013, “Arguello...” cit.).

Así las cosas, y para conferirle significación económica a la incapacidad del actor con el sentido y alcance dado (la secuela del 25% de minoración de capacidad laborativa de Montesano; el tiempo que no percibió salarios –desde el 12/1/2009 al 01/05/2010-; su reinserción laboral en otro trabajo menos rentable y ajeno a su vocación y la incidencia en su vida personal, social y de relación) cabe atender que tenía 30 años al momento del hecho (conf. fs. 5 causa penal), que era un asiduo deportista, que consiguió otro trabajo como empleado de maestranza del club, que constituyó una familia con su pareja y un hijo propio (cf. declaraciones testimoniales fs. 218, 219; pericia psicológica fs. 272/273 y fs. 290; historia clínica fs. 252/260;

pericia médica fs. 315/316). Por todo ello resulta una reparación integral la suma de \$ 105.000.- (arts. 1066, 1067, 1083, 1086 y concs. Cód. Civil; arts. 384, 456, 474 y ccs. C.P.C.).

Cabe puntualizar que la sentencia de grado desestimó –al menos implícitamente- el daño material derivado de la operación quirúrgica recomendada por el perito. Y ello no fue materia de agravio (fs. 412/413; arts. 260 y 261 C.P.C.). En primer lugar no puede dejar de recalcarse que la demanda no fue muy clara y específica al incluir los gastos de la operación quirúrgica futura en la demanda. En efecto en el “reclamo por daño material” se hace referencia a que “seguramente para lograr una solución deberá ser intervenido quirúrgicamente” (sic. fs. 42). Sin embargo más adelante se detalla la cuantía del pedido de daño material y se arriba a \$ 201.600 en concepto de sueldos dejados de percibir durante toda la vida útil del actor; y finalmente –luego de otras consideraciones- estima el total del daño material en \$ 350.000. Una interpretación de la voluntad petitoria, favorable al actor, podría llevar a entender que la diferencia de ambas sumas del daño material (\$ 201.600 por salarios caídos y \$ 350.000 finales y por todo concepto) obedece a que ésta última incluye –como petición expresa- al costo de la operación. Afirma que “deberá arreglarse en el futuro, para solventar los gastos que le requiera un tratamiento o una intervención quirúrgica, gastos de farmacia y por último, algo que no se puede negar en el país, el flagelo de la inflación” (sic. fs. 43 quinto párrafo). La contestación de demanda desconoció que “sea procedente el reclamo intentado de \$ 350.000 en concepto de daño material” (sic. fs. 104 vta.) y más adelante sostuvo que “es indispensable determinar y probar la existencia y cuantía de las eventuales limitaciones a la capacidad del reclamante en relación con el hecho generador; abstrayendo preexistencias; condiciones previas, predisposición y/o estado general

de salud anterior” (sic. fs. 108 vta. segundo párrafo). Tras ello afirma la demandada que “por lo tanto, en base a lo dicho solicito se deniegue el monto reclamado en la demanda y –sólo en caso de resultado de estricta prueba que concluyera en la existencia de algún grado de incapacidad o de secuela- se fije un monto razonable y considerablemente menor al esbozado en la demanda” (sic. fs. 108 vta. tercer párrafo). En definitiva y conforme este análisis de las posturas de ambas partes podría concluirse que –en interpretación “in dubio pro víctima”- fue reclamado el daño por una operación recuperadora de las lesiones (arts. 34 inc. 4, 163 inc. 5, 164, 266 y concs. C.P.C.). Pero aún así –es decir, superado ese escollo inicial de considerarse que ese rubro integró clara y categóricamente el monto petitorio- lo decisivo es que no media agravio ante el rechazo en la sentencia apelada (arts. 260 y 261 C.P.C.). No cabe dudas que el pronunciamiento impugnado sólo admitió y cuantificó como daño patrimonial la pérdida de chance de Montesano de trabajar como guardavidas, pero no se pronunció sobre la procedencia de la operación como daño resarcible. La omisión del recurrente de reeditar –por vía de agravio- esa cuestión, conduce a reputar formalmente inadmisibile su examen en esta instancia revisora (arts. 260 y 261 C.P.C.C.).

En el escrito de expresión de agravios el actor dice que “debe observar la Excma. Cámara que el monto indemnizatorio fijado por el Sr. Juez no cubre ni siquiera el monto de una posible intervención quirúrgica a la que se debería someter el actor para tratar de palear su incapacidad” (sic. fs. 41).

Esas consideraciones no cumplen con el requisito de abastecer y fundar –adecuada y claramente- las disconformidades, de hecho o de derecho, de la sentencia cuestionada. En anterior precedente, este Tribunal sostuvo que “la expresión de agravios debe contener una crítica concreta y razonada de la

resolución en recurso, que permita su consideración en la alzada; es decir, se deben rebatir los argumentos del juez de primer grado. Para ser considerados tales, los agravios deben referirse concretamente a los fundamentos que movieron al sentenciante a decidir en la forma que lo hizo, precisando punto por punto los errores u omisiones en que hubiera incurrido respecto de la apreciación y valoración de las pruebas y aplicación del derecho” (cf. Loutayf Ranea, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, tomo 2, págs. 155 y 156; esta Sala, causas nº 49.422, 6/4/06, “Pazzaglia...” y nº 50.357, 20/02/07, “Dabos...”, voto Dr. Peralta Reyes). Aún interpretando el escrito recursivo con el criterio amplio que utiliza el tribunal en estos supuestos, no resulta factible visualizar en el mismo los contenidos mínimos que requiere el art. 260 del Código Procesal.

3. En lo relativo al daño moral, corresponde –antes que nada y para dar respuesta al agravio- recordar que “la indemnización por daño moral tiene función compensatoria y sustitutiva del enorme daño al patrimonio moral de los actores (conf. “Daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires”, en Revista de Derecho de Daños, 2004 - 3, “Determinación judicial del daño – I”, pág. 31; y “Otra vez sobre los daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires”, en Revista de Derecho de Daños, 2005 - 3, “Determinación judicial del daño – II”, pág. 89).

La Corte Nacional en la causa “Baeza” receptó la posición doctrinal y jurisprudencial que califica al daño moral como el “precio del consuelo” y que considera que para su cuantificación puede acudirse al dinero y a otros bienes materiales como medio para obtener satisfacciones y contentamientos que mitiguen el perjuicio extrapatrimonial o moral sufrido (C.S., 12/4/2011 “Baeza, Silvia Ofelia c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/Daños y Perjuicios”, con mi nota en R.C.y S. 2011-XII, 259). “Se trata -sostuvo- de compensar, en la medida posible, un daño

consumado...El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales". En ese precedente agregó que "el dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" (causa cit.). Con estas bases conceptuales –que son las recogidas por el art. 1741 del Proyecto 2012 del Código Civil y Comercial-, siguiendo incluso antecedentes de esta Sala que adoptó esa postura (conf. causas causa N° 51.466 "A., H.", Causa N° 51.467 "G. de S., M." y Causa N° 54.530 "Torres"), el resarcimiento en dinero permitirá al actor acceder a bienes de consumo y de esparcimiento que podrán paliar (al menos) el padecimiento extrapatrimonial sufrido (art.384 CPCC y arts.1068, 1078, 1083 y concs. Cód.Civ.; esta Sala causas N°52818, 11/08/11 "Etcheverry"; sentencia única del 01/03/12 en causas N°54327, "Ricco Patricia c/Lancioni Agustín", N°54328, "Lancioni Agustín c/Vulcamoia Mar del Plata S.A." y N° 57.090, 27/03/13, "Pérez...").

Estimo que la suma por concepto de daño extrapatrimonial debe fijarse en \$ 75.000 atendiendo a las circunstancias ponderadas en Primera Instancia: el joven Montesano tenía 30 años cuando sufrió las lesiones; ingresó al hospital "confundido" y con escoriaciones y otras heridas en el rostro y en el tórax; que tenía una intensa actividad deportiva la que se frustró por el hecho ilícito, afectando ello negativamente su entorno social y su grupo de amigos (conf. pericia psicológica de fs. 272/273, y

290 y testimonios de fs. 203, 204; arts. 384, 456 y 474 C.P.C.C.; arts. 1078, 1083, 1086 y concs. Cód. Civil).

Así lo voto.

A la misma cuestión, los **Dres. Longobardi y Peralta Reyes**, adhirieron al voto precedente, votando en idéntico sentido por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez **Dr. Galdós**, dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y concs. del C.P.C.C., corresponde **modificar** la sentencia apelada, **disponiendo** que el daño patrimonial por incapacidad asciende a \$ 105.000 y **elevando** a \$ 75.000 el daño moral, sumas que devengarán intereses en la forma dispuesta en la sentencia de grado. **Con** costas en la Alzada a la demandada vencida porque si bien se acogió parcialmente su pretensión (de rechazar el rubro pérdida de chance) el aumento de la cuantificación de los dos daños resarcibles, conforme lo pedido por la actora, la coloca en la condición de vencida (art. 68 C.P.C.C.). **Diferir** la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 del Dec./Ley 8904/77).

Así lo voto.

A la misma cuestión, los **Dres. Longobardi y Peralta Reyes**, adhirieron al voto precedente, votando en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Azul, 20 de Febrero de 2014.-

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y concs. del C.P.C.C., **MODIFÍCASE** la sentencia apelada; **DISPÓNESE** que el daño patrimonial por incapacidad asciende a \$ 105.000 y **ELÉVASE** a \$ 75.000 el daño moral, sumas que devengarán intereses en la forma dispuesta en la sentencia de grado. **IMPÓNGANSE** las costas en la Alzada a la demandada vencida porque si bien se acogió parcialmente su pretensión (de rechazar el rubro pérdida de chance) el aumento de la cuantificación de los dos daños resarcibles, conforme lo pedido por la actora, la coloca en la condición de vencida (art. 68 C.P.C.C.). **DIFIÉRASE** la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 del Dec./Ley 8904/77). **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE** por Secretaría y **DEVUÉLVASE**. Firmado: María Inés Longobardi - Presidente - Cám. Civ. y Com. Sala II – Jorge Mario Galdós – Juez – Cám. Civ. y Com. Sala II – Víctor Mario Peralta Reyes – Juez – Cám. Civ. y Com. Sala II. Ante mí: Marcos Federico García Etchegoyen – Auxiliar Letrado – Cám. Civ. y Com. Sala II.-----