

## Danos Y Perjuicios Transporte De Personas Lesiones De Un Pasajero Al Ascender Al Colectivo Responsabilidad Objetiva Prejudicialidad

### JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Transporte de personas. Lesiones de un pasajero

al ascender al colectivo. Responsabilidad objetiva. Prejudicialidad Se mantiene la sentencia que condenó al chofer y a la empresa de transportes por los daños sufridos por un pasajero al caer del colectivo cuando intentaba subir, por haberse cerrado la puerta del vehículo.

En la Ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los 10 días de agosto de 2015, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Dres. Carlos Enrique Ribera y Hugo O.H. Llobera (artículos 36 y 48 de la ley 5.827), para dictar sentencia en el juicio: ?N. L. F. C/ ROSENFELD NESTOR ALBERTO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Llobera y Ribera resolviéndose plantear y votar la siguiente: CUESTION ¿Debe modificarse la sentencia apelada? VOTACION A LA CUESTION PLANTEADA EL DR. LLOBERA, dijo: I. Los antecedentes del hecho El día 24 de marzo de 2007 siendo aproximadamente las 5 hs., L. F. N. -menor de edad- luego de esperar el colectivo 168, junto con unos amigos, en la intersección de la Av. Del Libertador y la calle Domingo Repetto, en la localidad de Martínez, subió al transporte y sin haber concluido el ascenso -según la versión de la parte actora-, el conductor cerró la puerta y aceleró en forma brusca e imprudente. Dice que le advirtió esta circunstancia al chofer pero no logró que detenga la marcha. Refiere que como consecuencia de la maniobra cayó al pavimento, se golpeó la cabeza contra el cordón de la vereda, lo cual le provocó las lesiones por las que reclama. II. La sentencia La sentencia hace lugar a la demanda de daños y perjuicios interpuesta por L. F. N. contra Néstor Alfredo Rosenfeld y Expreso San Isidro S.A. Los condena a abonar al actor la suma \$ ..., con más sus intereses. Establece las costas del pleito a la parte demandada y hace extensiva la condena a la aseguradora, Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, en los términos del seguro contratado (fs. 426/434). III. La apelación La parte demandada y citada en garantía apelan la sentencia (fs. 443); expresan agravios (fs. 458/467), los que fueron respondidos por la actora (fs. 477/478). El actor apela la sentencia (fs. 450); expresa agravios (fs. 464/466), contestados por los demandados y su aseguradora (fs. 473/475). IV. Los agravios 1. La responsabilidad a) El planteo Los demandados y su aseguradora cuestionan la responsabilidad que se les imputa. Peticionan que se modifique la sentencia, por cuanto entienden y argumentan: \* que el sentenciador hizo lugar a la demanda basándose exclusivamente en las declaraciones que efectuaron en sede penal los tres amigos y compañeros del actor; \* que debió tener en cuenta el testimonio de Roberto Antonio Avellaneda, quien dio una versión totalmente diferente a los restantes testigos; \* que en el caso existe una clara culpa in vigilando, que recae en cabeza de los progenitores, por cuanto el actor refirió ser menor de edad al momento de sufrir el supuesto hecho de autos. b) El análisis i. El derecho aplicable El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994, en vigencia a partir del 1 de agosto del presente año, en el art. 7º, 2º párrafo, mantiene el principio general de irretroactividad de las leyes, salvo disposición en contrario, (conf. art. 3º del Código Civil), y como excepción dispone que, ?a partir de su entrada en vigencia las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes?, así como también cuando sus normas resulten más favorables al consumidor en las relaciones de consumo. Resulta entonces, aplicable al presente caso la ley vigente al momento del hecho (24-3-2007), es decir el Código Civil, toda vez que la obligación nació en el momento en que éste se produjo y las partes adecuaron sus conductas a las normas vigentes al tiempo del suceso. ii. Incidencia de la causa penal en sede civil En la causa penal que tengo a la vista ?ROSENFELD, Néstor Alberto S/ LESIONES CULPOSAS?, se dictó sentencia absolviendo a Néstor Alberto Rosenfeld del delito que se le imputó, por no haberse acreditado el hecho que fuera motivo de acusación fiscal en cuanto a su exteriorización material (fs.316/330). Esta decisión fue confirmada por el Superior en los mismos términos (fs. 43/54 del incidente de apelación). Tal como refiere el sentenciador de primera instancia, el fundamento de la absolución en sede penal corresponde a la ?falta de certeza acerca de la mecánica del accidente?. En efecto, el juez penal valoró las pruebas a los fines de determinar la existencia del hecho y concluyó, que ante el impedimento en arribar a una decisión de certeza acerca de la mecánica de su ocurrencia, por el margen de duda razonable acerca de si se verificó o no una violación al deber de cuidado en relación a la conducta de Rosenfeld, correspondía por aplicación del art. 1 del C.P.P., fallar a favor del imputado (fs.329 vta. causa penal nº 661). En mi apreciación, no se da el supuesto de impedimento previsto en el art. 1103 del Código Civil, reeditado por el art. 1777 del CCCN, por cuanto lo que limita al juez de este fuero es el hecho principal como dato fáctico o mejor aún, como suceso histórico y las circunstancias que lo rodearon, respecto del cual no se logró efectuar, en el caso que no ocupa, una descripción precisa de lo ocurrido. Sólo el hecho determinado en

sede criminal, en sus circunstancias fácticas, limita al juez civil, pero no los recaudos jurídicos requeridos para su tipificación penal (SCBA C. 94.839 del 25/11/2009). En otras palabras, el hecho puede no configurar una acción típica del derecho criminal, pero sí tener relevancia desde la óptica de la responsabilidad civil. Resultando entonces posible ingresar al análisis de este tema. iii. La responsabilidad objetiva (art. 1113 Código Civil). El art. 1113 del Código Civil, vigente al momento del hecho, establecía que en los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa. La cuestión es más compleja cuando el daño fue causado por el riesgo o vicio de la cosa. Aquí el dueño o guardián sólo se eximirá en forma total o parcial de responsabilidad, demostrando la culpa de la víctima, de un tercero por el que no deba responder, el caso fortuito o la fuerza mayor. Se trata de una responsabilidad de carácter objetivo, en la que no se atiende a la noción de culpa, ni siquiera de voluntariedad; por ello no es relevante la conducta del sujeto a quien se le atribuye. Para que aquella tenga lugar basta que exista un resultado dañoso y un vínculo de causalidad material entre ese resultado y el sujeto a quien se hace responsable (Moisset de Espanés, ¿El Acto Ilícito y la Responsabilidad Civil? en ¿La responsabilidad, Homenaje al Prof. Dr. Isidoro Goldenberg?, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 100). En estos casos la víctima no necesita probar la culpa del dueño o guardián; le alcanza con acreditar la relación de causalidad entre el daño sufrido y la cosa riesgosa cuya titularidad o guarda atribuye al accionado. Para ello debe probar que aquella intervino en el daño y que este provino, de alguna forma, del contacto con ella. Así lo ha sustentado esta Sala en numerosas causas, entre las que cabe citar: n° 96.455, ¿Pérez, Ángel Alberto c/ Berrone, Sergio Julio?; n° 101.711 ¿Tonconogy, Sergio E. c/ Parrot, Guillermina y otro?; n° 100.470, ¿Reynoso, Jorge c/ Kryptonite S.A. y otro?; n° 100.883, ¿Maldonado, María Luisa c/ Castronuovo, Marcelo Alejandro y otro?; n° 102.862, ¿Ojeda, Abel E. c/ La Independencia S.A.T.?; n° 103.253, ¿Marshall, Juan José c/ Márquez, Lázaro S. y otro?; n° 103.461, ¿López Reggi, Agustín c/ Pecorelli, Bruno?; entre muchas otras). El actual Código Civil y Comercial de la Nación, también contempla la responsabilidad objetiva en términos sustancialmente similares (ley 26.994- Anexo I, arts. 1721, 1722, 1757, 1758 y concordantes). iv. La exención por culpa de la víctima o de un tercero La apreciación de la prueba sobre la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no se deba responder, se debe realizar de modo estricto, por cuanto se trata de desvirtuar una regla general, dejando sin efecto la presunción legal arriba mencionada. Es necesario que en el proceso se logre recrear la situación fáctica acaecida y la demostración de su coincidencia con el supuesto contemplado en la norma para asignarle las consecuencias jurídicas en ella previstas. Así el art. 375 del C.P.C.C. prescribe que cada parte deberá probar el presupuesto de hecho de la norma que invocare como fundamento de su petición. Por esto los hechos constituyen el objeto de la prueba judicial. A través de ella serán recreados en el expediente, adquiriendo una vida propia más o menos coincidente con la verdad ocurrida. La jurisprudencia de esta Sala así lo ha señalado, en numerosas causas: n° 92.388, ¿Garrote de Galván, Estela c/ Municipalidad de San Isidro?; n° 100.375, ¿Herrera Cabrera, Mitchel Franklin c/ Municipalidad del Pilar y otros?; n° 101.738, ¿Melul, Mirta Raquela c/ Camperchioli, Andrea Vanina?; n° 103.253, ¿Marshall, Juan J. c/ Márquez, Lázaro S. y otro?; entre otras. v. Análisis de la prueba No se encuentra controvertido que, el entonces menor de edad, L. N., el día del accidente subió al colectivo 168 a la altura de la Av. Del Libertador y la calle Repetto. Difieren las partes en cuanto a las circunstancias en que asciende al transporte. Al contestar la demanda, tanto la aseguradora como el los demandados admiten la ocurrencia del hecho, en cuanto a que el actor sube al ómnibus (fs. 70/76, 94/100 y 124/131), aunque en una versión diferente. Sostienen que Rosenfeld conducía el colectivo a velocidad reducida y que aparece un peatón, que abalanzándose alcoholizado contra el colectivo pretende ascender al rodado en movimiento. Siendo éste un hecho imprevisible para el conductor, la responsabilidad recae sobre la víctima. Sin embargo, adelanto, que ninguna prueba produjeron a los fines de acreditarlo, carga que a ellos incumbía (art. 375 del CPCC). En efecto, los testigos que declaran en este proceso no son presenciales del hecho (fs. 188/194). Las partes desistieron mutuamente de la prueba confesional ofrecida, a excepción de Rosenfeld, que nada diferente agrega, pues continúa sosteniendo lo dicho al contestar la demanda (fs. 414, 70/76, 85/88). La causa penal, en cambio, si aporta testimonios de quienes manifestaron haber presenciado el momento del accidente. El testigo Nicolás Alejandro Lomban dijo "...que en aquella oportunidad, esperaban el arribo de un ómnibus de la línea 168 con el fin de abordarlo con destino a Capital Federal...?;?...que arribó otro colectivo perteneciente a la misma línea de Transporte, el cual detuvo la marcha más adelante de donde se hallaba la parada y en aquella circunstancia ascendió una señora y posteriormente su amigo L. Que el colectivo imprevisiblemente emprendió la marcha y cerró las respectivas puertas quedando de esta manera L. en la parte externa del colectivo, sostenido de las barandas de la puerta en cuestión. Que el colectivo siguió con la marcha 50 o 60 metros y en aquella situación evidentemente, L. trastabilló y cayó sobre el pavimento, golpeando su cabeza con el cordón de la vereda de la Avenida...? y agrega "...que el colectivo continuó con la marcha? (fs. 12). El citado testigo declaró nuevamente, un año después y dijo "...cuando arranca y L. estaba subiendo, el colectivo tenía las puertas abierta y luego las cierra...? (fs. 184/185). Olivier Gabriel Du Plessis refirió que "...asciende un señor mayor de edad y luego de este, asciende al mismo L. y en ese momento, el conductor de la unidad arranca, quedando L. colgado de los pasamanos externos ya que el chofer cerró la puerta de la unidad sin

esperar a que L. ascienda completamente el mismo. L. recorrió aproximadamente unos 50 mts. colgado, para luego caerse sobre el asfalto, golpeándose luego la cabeza contra el cordón...?( fs. 188/9). Gonzalo López Gaschetto, dijo "...podría decirse que le cerró la puerta en la cara...(fs.111/2). Tomás Figueroa, manifestó "... L. se encontraba colgado de la puerta del colectivo gritándole que le abra?( fs.113). Todo ellos, amigos y compañeros del actor, declararon prácticamente en igual sentido. También compareció a prestar testimonio Roberto Antonio Figueroa y señaló que un colectivo de la línea 168 que circulaba por la Av. Del Libertador en dirección a Capital Federal detuvo la marcha y procedió a subir a la unidad, que ascendió él solo y que una vez arriba del colectivo el chofer cierra la puerta y emprende la marcha; que el colectivo circuló unos 20 mts. y el chofer comenzó a detenerse y observó un muchacho que cayó de la puerta del colectivo, que se encontraba cerrada; que el chofer paró y observaron que el chico estaba sentado en la calle; que al ver que el colectivo se detuvo se tira para atrás, en el asfalto. Agrega, "...sentí que este muchacho podía estar en estado de ebriedad y que le estaba tomando el pelo al chofer...?. Preguntado para que diga si al momento de emprender la marcha el colectivo, la primera vez, las puertas se encontraban cerradas, contestó: "Si. El chofer espero que yo ascendiera al colectivo, cerró las puertas y luego arranco...?" (fs.177). Refirió que parecía que el muchacho estaba haciendo una broma, porque se le acercaron dos chicos y que en ningún momento observó una situación desesperante por parte de ello. Las primeras declaraciones señaladas son francamente contrapuestas con la del último, no pudiendo dilucidarse cuál de ellos relata los hechos verdaderamente ocurridos. La valoración del testimonio, es la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse en su contenido. Se trata fundamentalmente de una actividad del juez, porque a él le corresponde decidir sobre el mérito de convicción que le merezca esta prueba (conf. SCBA c.104.064 del 14-09-2011). En mi opinión, no resulta posible adjudicarles valor probatorio a estos testimonios, sino se encuentran acompañados por otras pruebas con la entidad suficiente para avalarlos. En el caso, los recurrentes no han producido ninguna prueba que sustente los hechos por ellos alegados. Los demandados no pueden exonerarse de la responsabilidad atribuida, si no surge de las constancias de autos, una conducta culpable del reclamante, de manera tal que libere a aquellos de la responsabilidad señalada. Es conveniente recordar que la apreciación de la prueba sobre la culpa de la víctima, circunstancia alegada por el demandado y su aseguradora, se debe realizar de modo estricto, por cuanto se trata de desvirtuar una regla general, dejando sin efecto la presunción legal arriba mencionada (causas n° 77.179, 77.858, 77.861, 83.400, 100.883, entre otras). En función del análisis precedente, en mi criterio cabe concluir que la prueba producida ha logrado acreditar la existencia del hecho y la participación de la demandada, sin que se haya justificado alguna causa eximente de responsabilidad prevista por el citado art. 1113 del Código Civil (art.1729 del CCCN). El art. 1286 del Código Civil y Comercial de la Nación, replica la responsabilidad objetiva que al tiempo del hecho imponía el art. 184 del Código de Comercio. En cuanto a la culpa in vigilando, no fue éste un argumento introducido en la instancia de origen. Es sabido que no pueden someterse a la Alzada cuestiones o defensas que no se articularon oportunamente, pues tratarlas importaría violar los arts. 34 inc. 4ª, 163 y 272 del CPCC. Tiene dicho nuestro Superior Tribunal, que está vedado introducir una cuestión novedosa y extemporánea, como la que recién se denuncia, pues ello difiere sustancialmente del esquema que conformó el "thema decidendum". Por ello, resulta improcedente que ahora el recurrente, frente a la suerte adversa de su reclamo, en la instancia de grado, pretenda alterar el alcance y dimensión de su defensa (Conf. SCBA LP C 117.341 S 22/4/2015).

c) La propuesta al Acuerdo En razón de todo lo expresado y lo dispuesto por los arts. 1113 y concordantes del Código Civil; arts. 375, 384, 474 y conc. del C.P.C.C., propongo al Acuerdo confirmar lo decidido en la instancia de origen, en cuanto a la responsabilidad de los demandados.

3. Rubros indemnizatorios

3.1 Daño físico

a) El planteo El sentenciador consideró prudente establecer la suma de \$ ... para reparar la minusvalía física que afecta al actor. La demandada y citada en garantía se agravan porque el juez de primera instancia tomó en cuenta, en forma exclusiva el porcentaje de incapacidad y no consideró la impugnación de la pericia médica que efectuaran. Solicitan se proceda a su rechazo y/o en subsidio se la reduzca. El reclamante cuestiona por reducido el monto fijado en Primera Instancia. En tal sentido argumenta:

\* Que el actor sufrió la pérdida de dos sentidos; olfato y gusto, es decir el 40% de los sentidos de un ser humano;

\* Que debe elevarse para llegar a una indemnización verdaderamente integral, justa y retributiva.

b) El análisis

i. Caracterización. El daño está configurado por una lesión, que se define como una alteración a la contextura física y/o psíquica. En el primer supuesto comprende las contusiones, escoriaciones, heridas, mutilaciones y fracturas en general, alcanza todo deterioro en el aspecto físico o mental de la salud, aunque no medien alteraciones corporales. Lo indemnizable es el daño que se traduce en una disminución de la capacidad de la víctima en sentido amplio, que comprende la aptitud laboral y los restantes aspectos de su vida social, cultural, deportiva, etc. (Cód. Civil, art. 1086 y en similar sentido art.1746 del CCCN)). Es decir, que las afectaciones dan lugar a una indemnización en la medida que ellas importen una disminución de las funciones, sin que estas deban considerarse nada más que desde la óptica del trabajo, sino desde la plenitud psico-física de la que todo ser humano debe gozar como persona conforme al orden natural (Const. Prov., arts. 10, 12 y 15; Const. Nacional, art. 75 inc. 22; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. I; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 3 y 8; Convención

Americana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica, art. 5.1). ii. Determinación pericial A efectos de determinar la existencia de una lesión y la medida en que ella incide en la plenitud de la persona, se hace necesario recurrir a la prueba pericial médica. En esta materia, corresponde atenerse a las conclusiones del informe del perito designado en la causa. No obstante, es sabido que el dictamen pericial no es vinculante para el juez. Por ello, podrá apartarse en forma total o parcial de sus términos cuando, tomando en consideración la competencia del perito, los principios científicos en que fundamenta su opinión, la concordancia de su aplicación con los principios de la sana crítica, en su caso las observaciones formuladas por las partes y los demás elementos de convicción que ofrezca la causa, lo lleven a la convicción de que la pericia no reviste la solidez científica para ser tomada como elemento de prueba (CPCC. art.474). En el caso que se deseche el informe pericial resulta necesario aducir razones muy fundadas, porque el conocimiento del perito es ajeno al hombre de derecho (Fenochietto, Carlos E. - Arazí, Roland, ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado con el C.P.C.C. de la Provincia de Bs.As.?, Astrea, Bs.As., 1987, pág. 524). El perito médico, luego de examinar al reclamante, y evaluados los exámenes complementarios, determina que presenta una pérdida parcial de los sentidos del olfato ?anosmia? y del gusto ?ageusia?. Estima una recuperación prolongada ya que no existe tratamiento para estas afecciones. Refirió que estas afecciones son compatibles con un traumatismo craneano y se producen por la sección de las fibras a nivel de la lámina cribiforme o del bulbo olfatorio o de la corteza cerebral por contragolpe. Aún sin hallazgos de lesión cerebral por fractura de cráneo. Determina una incapacidad física parcial y permanente del 10% (fs. fs. 277/285). Este informe médico fue motivo de pedido de explicaciones únicamente por las demandadas y su aseguradora, quien ratificó sus conclusiones, aclarando que el porcentaje de incapacidad ha sido otorgado, no en base a los antecedentes personales del actor, sino al examen físico detallado y estudios complementarios realizados (fs. 297). Es decir, no surge de autos la circunstancia alegada en cuanto a que no se hubieran hecho estudios que respalden lo sostenido por el perito médico (fs.290). Al respecto recordemos que la prueba pericial es, en principio, el medio más idóneo para aclarar cuestiones de una especialidad técnica ajena al conocimiento judicial. Esta se produce a través del perito, que es un sujeto ajeno a las partes, con conocimientos técnicos de los que carece el juez o, por lo menos, no está obligado a conocer, ya que su deber se circunscribe al conocimiento del derecho. Se trata de un auxiliar del órgano judicial, con conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (cfr. Fenochietto, Carlos Eduardo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado con los códigos provinciales, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, t. 2, pág. 644 y ss.). En consecuencia, cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos y científicos, y concuerda con los demás elementos de ponderación arrimados al proceso, la sana crítica aconseja -en principio- que frente a la imposibilidad de oponer argumentos de igual naturaleza y de mayor peso de convicción, se acepten sus conclusiones (cfr. CNCiv., sala C, LL, 1991-E, 489 del 14/6/1991, Palacio Derecho Procesal Civil, V-514 y sus citas)(CNCiv, Sala I, ?C., A.P. c/ Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A.?, LL, ejemplar del 12/11/2004, p. 7). Las copias de la historia clínica obrante en la causa penal -ofrecida como prueba por la parte demandada- y en estas actuaciones, acreditan que L. N. fue atendido en la Clínica Basterria el día del hecho por el impacto que sufrió en la región cefálica (fs. 240/254 y 26/55 causa penal), cuyo diagnóstico de ingreso fue ?traumatismo cerebral difuso?. Las constancias acompañadas por el Instituto Fleni, acreditan la atención del actor en los días y meses siguientes al accidente (fs. 220/233). Tales antecedentes ponen de manifiesto que con motivo de las lesiones padecidas, quedó acreditado que el demandante tiene cierto grado de incapacidad física. Es menester señalar que en numerosas oportunidades esta Sala se ha pronunciado con relación a la prueba pericial, sosteniendo que los peritos son auxiliares de la justicia cuya misión consiste en contribuir a formar la convicción del Magistrado quien, no obstante no estar ligado categóricamente a las conclusiones del peritaje, que es solo un elemento informativo sujeto a la apreciación del juez (SCBA, Ac. y Sent. 1957-IV-54; 1961-V-490), no significa que éste pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo (conf. causas 45.416 del 23-2-88, Sala 1º). En cuanto al agravio del actor, entiendo que las conclusiones del experto no han merecido observación de esta parte en la instancia de origen; cuestionar ahora que no tuvo en cuenta la existencia de una incapacidad superior a la fijada por el experto, no tiene mayor relevancia si no está sustentada por otra prueba que desvirtúe las conclusiones del perito (art. 375, 384, 474 del CPCC). Considero que ha sido probado tanto el daño en la salud, como su magnitud. Resta ahora valorizar la indemnización que le corresponde al reclamante. iii. La cuantía de la indemnización El principio de la reparación integral responde al concepto de aquella que sea justa, entendiéndose por tal la que ubica al reclamante, dentro de lo posible, en una situación equivalente a la que se encontraba si no hubiera acontecido la violación del derecho. La aplicación de este método requiere el cumplimiento de las siguientes reglas: a) el daño debe ser fijado al momento de la decisión; b) la indemnización no debe ser inferior ni superior al daño sufrido; c) la apreciación debe formularse en concreto. Se caracteriza por conferir libertad al juzgador para valorar y cuantificar el monto indemnizatorio. El juez tiene la tarea de fijar una suma adecuada, con prescindencia de estimaciones incorrectas de las partes y hasta de opiniones periciales que a veces escamotean o agigantan los montos representativos de los daños sufridos (López Cabana, Roberto M., ?Limitaciones cualitativas y cuantitativas de

la indemnización?, L.L., 2000-F-1325). Por ello, en la misión orientadora que deben tener los dictámenes periciales, resulta esencial que señalen en forma concreta qué consecuencias ha tenido la lesión en las actividades laborales que la víctima desarrollaba antes del accidente y qué limitaciones suscita en su vida cotidiana (Iribarne, Héctor Pedro, ?Indemnización por lesiones y por incapacidad. Pautas para su cuantificación?, en la obra Responsabilidad por daños en el tercer milenio - Homenaje al Prof. Dr. Atilio Aníbal Alterini, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 305). Entiendo que lo adecuado es conjugar la tasa de incapacidad con el impacto que las lesiones producen en la actividad profesional y labores domésticas del afectado (Iribarne, Héctor Pedro, ob. cit., pág. 306). En razón de lo dicho queda claro que para cuantificar la indemnización que debe acordarse por un daño en la salud, es necesario disponer al menos de ciertos parámetros que permitan aquella valoración. Así, deberá ponderarse respecto de la víctima su edad, estado civil, nivel de preparación para su desempeño en actividades productivas o económicamente valorables su profesión u oficio, sus ingresos habituales, nivel de vida y condición social, entre otros (en el mismo sentido, S.C.B.A, Ac. N° 45.258, 19-6-1990), todo ello a la fecha del evento dañoso. En la estimación del monto indemnizatorio, resulta un elemento de singular importancia, no sólo la pericial médica referida a la incapacidad sino también las restantes pruebas que se hayan producido sobre los parámetros indicados en el párrafo precedente. En esta línea podremos disponer de declaraciones testimoniales, e informes de diversa naturaleza; todo ello tendiente a que quien debe juzgar cuente con elementos debidamente acreditados en la causa que permitan inferir, con relativa certeza, aquellos indicadores (CPCC, art. 375). El actor tenía a la fecha del evento 16 años de edad; estudiaba en el Colegio Cristoforo Colombo (fs. 207). A la fecha de la pericia psicológica, surge que era soltero y vivía con su padre; era estudiante de música y formaba parte de una banda (fs. 331); no acreditó trabajar, ni tener ingresos económicos. No obstante la ausencia de estos indicados, hallándose acreditado el daño padecido en su salud y sus secuelas, corresponde que se establezca el monto indemnizatorio, de conformidad con el principio de reparación integral (CPCC, art. 165, segundo párrafo). iv. Los precedentes Similares consideraciones a las que anteceden han sustentado numerosos precedentes de esta Sala (causas n°: 100.883, 93.308, 80.419, 89.892, 100.375, 101.709, 100.905, entre muchas otras). c) La propuesta al Acuerdo En virtud de lo dispuesto por los arts. 1068, 1069, 1083, 1086 y conc. del Código Civil, todos ellos vigentes al tiempo del hecho dañoso (en similar sentido arts. 1737, 1738, 1739, 1740 y 1746 del CCCN); arts. 375, 384, 474 y conc. del C.P.C.C., tomando en cuenta el porcentaje de incapacidad restante estimada (10%) y las condiciones personales del reclamante, entiendo que la suma establecida en la instancia de origen (\$ ...) es reducida, por lo que propongo al Acuerdo elevarla a \$ ... 3.2. Daño psicológico a) El planteo El sentenciador estableció a favor del actor la suma de \$ ... Se agravia el reclamante, porque considera que debe ser superior, teniendo en cuenta que la perito estableció un 25 % de incapacidad. Por su parte se alzan los demandados y su aseguradora por considerar que no tuvo en cuenta el juez de primera instancia la impugnación que realizó a la pericia psicológica; refiere que el daño psíquico no es un concepto autónomo y que el juez efectuó una división de categorías, daño psicológico y daño moral, que multiplica indebidamente la sumas indemnizatorias. b) En análisis El daño psicológico no constituye un capítulo independiente del daño moral o del material, sino una especie del uno o del otro (arts. 519, 522, 1068, 1069 y 1078 del Código Civil; en similar sentido arts. 1737, 1738, 1739, 1741 del CCCN). Las diferentes afecciones que puede sufrir la víctima en su integridad psicofísica se resumen en una determinada incapacidad de la persona, la que no está conformada por estancos separados sino íntimamente vinculados. Dado esa característica esencial de la persona, cuando se evalúa su minusvalía deberán tomarse en cuenta todos los factores que la conforman. En este sentido, aprecio correcta la posición que señala que la incapacidad psicológica no es un daño resarcible en forma autónoma, sino que se halla comprendida en el daño material o moral según el caso. En efecto, el daño psíquico puede traducirse en un perjuicio material, por la repercusión en su patrimonio o bien en un daño extra-patrimonial o moral, por los sufrimientos que haya producido (Bueres, Alberto y Vázquez Ferreyra, Roberto, en ?El daño a la persona en la jurisprudencia?, Revista de Derecho Privado y Comunitario. Daños a las personas, t. I, pág. 293). Si se analiza la cuestión desde su resultado patrimonial, se advierte que en la disminución de la capacidad inciden tanto el aspecto físico como el psíquico. Por esta razón el daño psicológico, en tanto se pruebe su carácter irreversible, debe ser tratado como incapacidad sobreviniente. De no ser así habrá que tenerlo en cuenta al considerar el daño moral, sin perjuicio del tratamiento de recuperación que se imponga. De lo contrario, si se tomasen como elementos independientes y se determinara la incapacidad total por la simple suma de ambos componentes, en ciertos casos podría arribarse a resultados que superarían el 100% de la capacidad de la persona. Lo expresado avala, en mi criterio, que el daño psíquico no sea considerado a los fines del resarcimiento como un rubro autónomo y que en cambio se confiara lo necesario para su tratamiento. Comparto el criterio según el cual en los supuestos en que la pericia indique que la víctima debe efectuar un tratamiento, que ha sido determinado en tiempo, sesiones y valor de cada una de ellas, lo aconsejable es que la suma de dinero que se conceda por el rubro daño psicológico, equivalga al monto de dicha terapia. Por ello se ha entendido que corresponde tratar este rubro como costo del tratamiento. Aunque cabe adelantar, que en el caso no efectuó la parte actora reclamo alguno por este concepto, ni fue propuesto como punto de pericia. Determina la perito psicóloga que L. N. presenta un

trastorno por estrés postraumático moderado permanente; estima por ello una incapacidad parcial y permanente del 25% (fs. 331/3). Refiere que habiendo pasado cuatro años del accidente y detectando que persisten los indicadores del trauma, estos son permanentes, y no informa si la víctima debe efectuar un tratamiento con pronóstico favorable o no. Es cierto que el dictamen pericial fue observado por los demandados (fs. 341). Impugnan la pericia, porque no indica un tratamiento psicoterapéutico; observan que del informe surge que el actor describe temor que no dificulta su capacidad psíquica para continuar con sus estudios, ni con su trabajo.

Ello mereció respuesta de la perito (fs. 351), quien refiere que no consignó tratamiento porque no le fue solicitado; que el peritado padece una dolencia que aparece como consecuencia del hecho relatado y que una afectación en el esquema corporal es un trauma, que necesita ser elaborado. Indica que un accidente irrumpe en la vida de una persona y limita su capacidad de goce en algún área o en varias, lo cual genera un trauma en el aparato psíquico, que persiste en el tiempo. Con las explicaciones brindadas por la perito psicóloga, no cabe duda de la existencia de las afecciones psicológicas que padece el actor con motivo del accidente, pero a mi entender, no alcanzan para determinar que el daño descrito resulte, en alguna medida, irreversible. El daño psíquico, para ser resarcido, requiere que el padecimiento anímico haya desbordado en bloqueos, depresiones, inhibiciones o actuaciones que perturben de manera importante y definitiva la integración al medio social. Merece desatacarse, que en el caso el actor no ha solicitado, ni tampoco la perito ha sugerido la realización de un tratamiento de las afecciones y omite justificar, más allá de una mera cuestión temporal (4 años desde el accidente), por qué las secuelas señaladas no podrían revertirse con un tratamiento adecuado.

Por los fundamentos expuestos precedentemente, corresponde dejar sin efecto la indemnización fijada por daño psicológico. Ello no obstante la imposibilidad establecer suma alguna a los fines de un tratamiento psicoterapéutico -por cuanto no fue solicitada por el actor, ni justificada por la perito su necesidad-, sin perjuicio de tener en cuenta la cuestión al considerar el daño moral. c) La propuesta al Acuerdo

En virtud de todo lo expresado y lo dispuesto por los arts. 1068, 1069 y concordantes del Código Civil, (en similar sentido arts. 1737, 1739, 1741 del CCCN); arts. 375, 384, 474 y conc. del CPCC, propongo al Acuerdo modificar la sentencia de origen, dejando sin efecto el monto indemnizatorio fijado y tener en cuenta el daño psíquico al considerar el daño moral.

3. Daño moral a) El planteo. Se estableció por este rubro la suma de \$ ... La actora cuestionó dicho monto por reducido. Refiere que: \* está absolutamente alejada de los padecimientos que tuvo el actor a causa del accidente; \* el sentenciador no tuvo en cuenta los innumerables estudios a los que ha sido sometido para procurar una recuperación; \* no se consideró la angustia y el padecimiento que implica para el actor saber que su pérdida es definitiva; que no volverá a sentir sabores y aromas de ninguna clase. Por su parte los demandados se agravan por considerar elevado el monto y solicitan la reducción de la suma conferida a sus justos límites.

b) El análisis i. Caracterización El daño moral está configurado por una afectación íntima que sufre la persona con motivo del actuar de terceros, que implica una injusta privación o disminución de los bienes que tienen valor fundamental en su vida y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos (C. Civil, arts. 1078 y 1111; S.C.B.A., Ac. N° 63.364, 10-11-1998, DJBA 156-17; en similar sentido arts. 1738 y 1741 del CCCN). Su indemnización debe atender a los sufrimientos psíquicos y afectivos del demandante, que constituyen aquello que se pretende reparar. La suma que se fije a tal efecto no está sujeta a reglas fijas. Su reconocimiento y cuantía depende, en principio, del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión (S.C.B.A., Ac. N° 51.179, 2/11/93).

Encuentra su fundamento en la obtención de una satisfacción compensatoria, y por ende, imperfecta, del dolor íntimo experimentado, a raíz del siniestro. A través de ella se procura la obtención de gratificaciones sustitutivas de aquellos bienes perdidos, como fuentes de gozo, alegría, estimables en la esfera psicofísica (Iribarne, H., ?De los daños a personas?, pág. 162, Ediar, Bs. As., 1993) Para ello corresponde tener en cuenta que esta indemnización de carácter resarcitorio (C.S.J.N., 5/8/86, ED 120-649), debe atender a los sufrimientos psíquicos y afectivos sufridos por el demandante, valorándose la gravedad del ilícito cometido, sin que sea preciso que guarde relación con el daño material, ni con otros que se reclamen, pues no reviste carácter accesorio (C.S.J.N., 6/5/86, RED a-499).

ii. Los precedentes Todas estas consideraciones han sido ponderadas en reiteradas oportunidades por esta Sala cuando ha debido fijar una indemnización por el rubro que aquí nos ocupa (causas N° 101.321, 100.706, 102.722, 102.829, 100.883, 102.592, 101.100, 101.709, entre muchas otras).

iii. Las lesiones padecidas El actor ha sufrido las lesiones que se han detallado al considerar el reclamo por incapacidad sobreviniente. Debe contemplarse que, conforme la evaluación que efectuó la perito, la pérdida de los sentidos del olfato y gusto, es parcial; que la recuperación puede ser prolongada, ya que no existen tratamientos efectivos para estas afecciones (fs.285); que debe tener un control de las vías aéreas para evitar su agravamiento; que la pérdida de los sentidos señalados provoca una limitación en el disfrute de alimentos o de aromas que forman parte de la vida plena de un ser humano; que debió someterse a innumerables tratamientos. La existencia de dolor de cabeza, dificultades para la práctica deportiva (testimonio de fs. 193/94), con las molestias que ello ocasiona, todo lo cual sin duda ha influenciado en su estado emocional de manera negativa. En cuanto al aspecto psicológico, conforme ya fuera señalado en el punto 3.2., la perito determinó que el accidente le generó al actor un grado de incapacidad derivado de las secuelas físicas y

emocionales, detectando un trastorno de stress postraumático moderado del 25%, y si bien dijo que estos indicadores del trauma son permanentes, no los mencionó como irreversibles, ni sugirió tratamiento alguno (fs. 333). Asimismo, deben evaluarse todas las circunstancias personales de la víctima ya mencionadas al tratar la minusvalía, a las que me remito en honor a la brevedad. Cabe señalar que esta Sala ya se ha expedido en el sentido que lo reclamado no resulta limitante para determinar la cuantía de la indemnización, la que debe ser concordante con las probanzas arrojadas al expediente (causas acumuladas n° 99.312 y D-17.603/01; SCBA, Ac. N° 53.743 del 5/12/1995, 66.733 del 23/05/2001, 102.641 del 28/9/2011). c) La propuesta al Acuerdo En virtud de todo lo expresado y lo dispuesto por los arts. 1078 y concordantes del Código Civil (en similar sentido arts. 1738 y 1741 del CCCN); arts. 375, 384, 474 y conc. del C.P.C.C., entiendo que, la suma establecida en la instancia de origen es reducida, por lo que propongo al Acuerdo elevarla a \$ ... IV. Las costas de la Alzada En atención al solución esbozada, propongo que las costas se impongan: a) por el recurso de la actora 35% a esa parte y 65% a la contraria; b) por el recurso de los demandados y citada en garantía 80% a su cargo y 20% a la actora (art. 71 del C.P.C.C.). Por los fundamentos expuestos, voto por la AFIRMATIVA. Por los mismos fundamentos, el Dr. RIBERA votó también por la AFIRMATIVA. Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente: SENTENCIA Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, se modifica la sentencia en el sentido que: a) se eleva la indemnización por incapacidad sobreviniente a \$ ...; b) por el daño moral a \$ ...; c) se deja sin efecto la indemnización otorgada por daño psicológico. Se confirma en todo lo demás que ha sido materia de agravios. Las costas de esta Alzada se imponen: a) por el recurso de la actora 35% a esa parte y 65% a la contraria; b) por el recurso de los demandados y citada en garantía 80% a cargo de ella y 20% a la actora. Se difiere la pertinente regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31, 51 de la Ley 8.904). Regístrese, notifíquese y devuélvase a la Instancia de origen. 003773E