

manifestó que la señora Lamela tenía un gimnasio en la ciudad de Chivilcoy al que la primera concurría; que si bien la accionante tenía gente que atendía dicho gimnasio, era ella quien estaba allí, les tomaba los datos a los clientes, hacía las planillas y escribía lo que las profesoras tenían que hacer; que la actora le comentó a la docente que ella no daba clases porque había tenido una cirugía muy importante en el estómago, como consecuencia de la cual le había quedado un cuerpo extraño que le producía mucho dolor desde el abdomen hasta el riñón, lo que también la tenía muy mal psicológicamente; y que a la fecha de esa declaración (29/5/2012) el gimnasio ya no existía, porque la señora Lamela tenía que poner más gente para que lo atendiera, pues era un gimnasio muy grande y con lo que ganaba no podía cubrir los gastos de ese comercio (v. acta de fs. 361/362, según interrogatorio de fs. 350, preguntas 1ª. y 3ª., y ampliaciones 1ª. y 4ª.). A continuación, Graciela Noemí Cardiello creyó recordar que el gimnasio que tenía la actora en Chivilcoy se llamaba "Centro Vivir"; que después de ser operada en 1999 del cáncer de estómago empezó a sentir molestias, teniendo que dejar de trabajar en su gimnasio porque tenía problemas para moverse y dolores; que en el gimnasio trabajaba más gente, pues había otros profesores; y que el mismo era de propiedad de la demandante, no funcionando ya al momento de esa declaración (v. acta de fs. 363/363 vta., según el mismo interrogatorio, pregunta 3ª. y ampliación 1ª.). Luego, Mónica Emiliana Repetto relató que el gimnasio que tenía la señora Lamela se cerró en el año 2007; que ella no podía sostenerlo porque no podía hacer actividades físicas, pero como debía tener gente que se encargaba de dar las clases, lo tuvo que cerrar por ese motivo; que ella era la única dueña del gimnasio, funcionando éste en dos plantas, pues en la planta baja estaba todo lo referido a aparatos y en la otra planta un gran salón donde se daban clases; que calcula que tenía unos 200 m²., estando abierta casi todo el día, por lo que se podía elegir el horario para concurrir, ya que siempre había gente atendiendo, calculando que concurrían unas doscientas personas aproximadamente; que la actora en varias ocasiones suspendía la actividad y hubo un tiempo en que dejó de dar clases, aunque había otras personas cumpliendo ese rol; y que aquella manifestaba que le dolía la parte del riñón izquierdo, debido a un cuerpo extraño que le habían dejado después de una cirugía (v. acta de fs. 364/364 vta., según el mismo interrogatorio, pregunta 3ª. y ampliaciones 1ª., 2ª. y 3ª.). A su vez, Mariano Ariel Palomeque expuso que la actora era la chica que estaba a cargo del gimnasio y lo regentaba, llevando adelante el negocio; que allí había varias bicicletas fijas, en un local de 10m. por 10m con aparatos, y arriba había un salón donde se daban clases; que concurría mucha clientela, concentrándose más gente en ciertos momentos, según el horario; que en un par de oportunidades en que el docente estaba en el gimnasio la actora tuvo que ser asistida por personal médico, suponiendo que debido a alguna descompensación, pues acusaba dolores; y que ella no daba clases de taewo y nunca vio que hiciera ejercicios bruscos, pues había otras personas que se encargaban de ello (v. acta de fs. 365/365 vta., según el mismo interrogatorio, pregunta 1ª. y ampliación 1ª.). El deponente Gabriel Hernán Tolosa, por fin, declaró que la actora tenía problemas de dolores en la zona abdominal o renal si realizaba actividad física, debiendo abandonar a veces el gimnasio, por lo que la gente quedaba a cargo de otros profesores; que finalmente el gimnasio fue cerrado, cree que a mediados del año 2007, pues como tenía varios profesores trabajando allí no era viable económicamente; siendo esa razón por la que cerró; y que la actora era dueña de dicho gimnasio (v. acta de fs. 371/372, según el mismo interrogatorio, ampliaciones 1ª. y 5ª.). Pues bien, teniendo en cuenta que el daño resarcible abarca las situaciones en que se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva (art. 1737, CCyC), la indemnización pertinente comprende, entre otros fenómenos agraviantes, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención (art. 1738 1ª. parte, cód. cit.). En otras palabras, el ordenamiento civil entiende el lucro cesante como la ganancia o utilidad de que fue privado el damnificado, es decir, la frustración de un enriquecimiento patrimonial a raíz de un hecho lesivo. Si bien el lucro cesante no se presume, siendo a cargo del interesado la acreditación de su existencia fundada en pautas objetivas -pues no cabe su admisión en base a meras suposiciones conjeturales-, no se requiere para ello la absoluta certeza de que el lucro esperado se habría obtenido, bastando a los fines de su resarcimiento una probabilidad objetiva y suficiente de beneficio económico. Así entonces, la determinación del lucro cesante se sustenta en la prueba de la actividad productiva que se desarrollaba, de las ganancias que por ella se percibían y del impedimento temporal que habría obstado a su continuación, infiriéndose que, según el curso ordinario de las cosas, los beneficios habrían subsistido en ese período de no haber mediado el acto ilícito (CSN, en "Fallos" 311:2683 y 318:2228, entre otros precedentes). Empero, cuando se trata de evaluar el lucro cesante no es menester una certeza matemática -en particular si no existen o no se han agregado instrumentos o registraciones sobre la entidad de los ingresos líquidos caídos a causa del suceso perjudicial, lo que no es infrecuente-, sino sólo un juicio de verosimilitud, como quiera que el objeto de la prueba debe versar, en esencia y ante todo, sobre la probabilidad cierta y concreta de una ganancia frustrada o malograda; de consiguiente, si ninguna prueba directa es posible, la convicción de los jueces sólo puede formarse por presunciones (art. 163 inc. 5º segundo párr., CPCC) y, en ausencia de constancias fehacientes en torno al importe de la retribución o utilidad neta que a la época del acontecer ilícito percibía quien acciona, debe acudir a la facultad conferida por el art. 165 tercer párrafo del mismo código adjetivo, aunque con las debidas circunspección y medida (esta Sala I, causas n° 242.044, reg. sent. 367/03; n° 248.339, reg. sent. 139/12; y n° 263.442, reg.

sent. 86/16, entre otras). En la especie, el perjuicio patrimonial invocado en este capítulo debe constreñirse a la probada actividad lucrativa inherente a la explotación por la demandante del gimnasio de Chivilcoy que emana de los dichos de los testigos, teniendo en consideración el tiempo transcurrido entre la intervención quirúrgica del 23 de diciembre de 1999 constitutiva del hecho dañoso y la época de mediados del año 2007 en que ese negocio cesó -o sea, 78 meses-, pero ponderando igualmente, por un lado, que no se demostró que durante ese lapso estuvieran totalmente abolidas las aptitudes y capacidades psicofísicas de la accionante y, por otro lado, que ésta no ha aportado el presente debate libros comerciales ni tampoco ninguna clase de registros contables, impositivos, laborales o de la seguridad social atinentes a la empresa que explotaba (arts. 375, 384 y 456, CPCC). Siendo así y toda vez que el daño resarcible debe ser valorado al tiempo de la sentencia o al momento más próximo que sea posible (Jorge Joaquín LLAMBIAS, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", t. I, 2ª. edic., 1973, n° 251, p. 316 y n. 70; SCBA, 23/3/2010, C. 101.107; y 11/2/2015, C. 117.926), juzgo que en este supuesto el "lucrum cessans" debe justipreciarse, prudentemente, en \$ 4.000 mensuales, equivaliendo ello a un total de \$ 312.000, lo que así dejo propuesto se decida (art. 1740, CCyC; art. 165 tercer párr., CPCC).

c) Gastos por traslados, honorarios médicos, estudios y farmacia. El monto de \$ 10.000 reconocido en este aspecto por el "a quo" es reputado exiguo por la actora y excesivo por los obligados (comp.: fs. 500/501 considerandos XLVII a XLIX, 523 vta. letra c y 536 vta. letra b), pero en mi sentir las escuetas quejas desplegadas en esta alzada no son idóneas para alterar lo resuelto en la instancia originaria, donde se ha sopesado especialmente la falta casi total de evidencias respaldatorias de los desembolsos del intitulado, más allá de considerar que el domicilio real de la demandadora se halla en la ciudad de Chivilcoy y que las intervenciones quirúrgicas del 23 de diciembre de 1999 y del 5 de diciembre de 2008 se llevaron a cabo, respectivamente, en el Centro Oncológico de Excelencia de Manuel B. Gonnet y en el Hospital Italiano de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por tanto, sin soslayar que deben presumirse los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resulten razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad, como reza el art. 1746 2ª. parte del Cód. Civil y Comercial, entiendo que en esta faceta ambos recursos, en vista de su insuficiencia técnica, deben desestimarse (arts. 260 1ª. parte y 261, CPCC).

d) Daño moral. La cantidad de \$ 80.000 prevista en el fallo apelado también es cuestionada, con opuestos propósitos, en los dos remedios deducidos, pero a mi ver lleva la razón el apoderado de la actora. Cabe recordar que la indemnización del daño incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida (art. 1738 2ª. parte, CCyC). Durante la vigencia del art. 1078 del Cód. Civil la doctrina judicial había entendido -con conceptos que no han perdido actualidad- que a los fines de establecer el "quantum" de este perjuicio extrapatrimonial debe tenerse en cuenta, en general, el carácter resarcitorio -y no punitorio o sancionatorio- del rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, las condiciones personales de la víctima y la entidad del sufrimiento causado, sin que aquél deba necesariamente guardar relación con el monto del daño material, pues no se trata un daño accesorio a éste (CSN, en "Fallos" 308:698, 1118 y 1160, 316:2894, 321:1117 y 328:4175, entre muchas otras causas). Ahora, en virtud de lo reglado en el tercer párrafo del art. 1741 del Cód. Civil y Comercial, el monto de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales del hecho dañoso debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas. El nuevo "léxico legis" obedece a que el dinero representa en la reparación de los daños extrapatrimoniales la misma función que en la indemnización de los daños materiales: en éstos cumple una función de equivalencia entre el daño y la reparación, mientras que en aquéllos, en cambio, la función no es de equivalencia sino de compensación o satisfacción a quien ha sido injustamente herido en sus sentimientos o afecciones (Jorge BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría general de la responsabilidad civil", 6ª. edic., Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1989, n° 560, p. 209 y n° 574, p. 214; en igual sentido: CSN, en "Fallos" 323:1779 y 334:376). Con apego a las directivas legales y jurisprudenciales recordadas y en vista de las presumibles tribulaciones experimentadas por la demandante, ello por las repercusiones disvaliosas en el espíritu, el equilibrio anímico y el bienestar psicofísico de aquélla -generadas desde poco después de la gastrectomía radical del 23 de diciembre de 1999 y que habrían de prolongarse hasta la extirpación del granuloma secundario a un cuerpo extraño efectuada mediante la laparotomía del 5 de diciembre de 2008-, pareceme justo y equitativo arbitrar un razonable incremento de la suma graduada por el "a quo", fijándola con mayor realismo en \$ 400.000 (art. 1740, CCyC; art. 165 tercer párr., CPCC).

e) Intereses. El juez de primer grado ha dispuesto que al capital del resarcimiento se aditen intereses a la tasa denominada pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días de plazo, desde el efectivo pago total del crédito a la accionante (v. considerando LI, a fs. 501 vta.), mientras que ésta requiere la aplicación de la tasa activa y, en subsidio, de un promedio entre los tipos activo y pasivo. No es viable lo así peticionado por la apelante, pues de acuerdo a la consolidada doctrina legal del máximo tribunal bonaerense -a la que los órganos jurisdiccionales inferiores deben acatamiento, en razón del objetivo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, que es procurar y mantener la unidad de la jurisprudencia (art. 161 cláus. 3ª. inc., a, Const. Prov.; arts. 278, 279 y 289, CPCC)-, si no existe determinación legal o convencional de los intereses, como en el presente caso, éstos deben liquidarse desde el 1º de abril de 1991

conforme a la tasa indicada en el fallo en recurso (art. 622 primer párr. 3ª. parte, Cód. Civil; art. 768 inc. c, Cód. Civil y Comercial).

Esa orientación fue reiterada en las causas C. 101.774, "Ponce" y L. 94.446, "Ginossi", ambas del 21 de octubre de 2009 y por mayoría, con otro enfoque de la cuestión, aunque más recientemente la Suprema Corte también ha decidido que debe utilizarse la tasa pasiva más alta fijada por el aludido banco oficial para la captación de depósitos a plazo fijo a treinta días, durante los distintos períodos de devengamiento (18/5/2016, causa B. 62.488, "UbertalliCarbonino", por mayoría), por lo que, con ese alcance, debe confirmarse lo resuelto en la sentencia en examen. f) Extensión de la condena a la entidad aseguradora. El apoderado de "Federación Patronal Seguros S.A." aspira a que este Tribunal deje explícitamente establecido que la responsabilidad de su mandante existe en la especie en la medida del seguro contratado, a lo cual debe accederse, conforme a lo así normado por el art. 118 de la ley nacional 17.418 (v. póliza de fs. 203). Con las salvedades que he dejado expuestas, VOTO POR LA NEGATIVA. A LA MISMA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Dr. TORRE adhirió al voto que antecede, aduciendo idénticos fundamentos. A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Dr. TENREYRO ANAYA dijo: Corresponde, en consecuencia, modificar la sentencia definitiva de fs. 486/502 con el alcance que surge de la votación sobre la precedente cuestión, incrementándose los importes de los rubros relativos al lucro cesante y al daño moral a las respectivas sumas de \$ 312.000 (pesos trescientos doce mil) y de \$ 400.000 (pesos cuatrocientos mil); declarar parcialmente desiertos los recursos de apelación interpuestos a fs. 509 y 505 en cuanto a la admisión del ítem daño físico y con respecto al monto de los gastos por traslado, honorarios médicos, estudios y farmacia; dejar establecido, por tanto que el capital indemnizatorio total debido a la actora queda fijado en \$ 742.000 (pesos setecientos cuarenta y dos mil); confirmar la mencionada sentencia en lo que decide sobre la tasa de interés computable sobre dicho capital, aunque disponiendo que deberá utilizarse la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de los depósitos a plazo fijo a treinta días, durante los distintos períodos de devengamiento; dejar establecido, asimismo, que la sentencia dictada en el presente proceso será ejecutable contra la citada en garantía "Federación Patronal Seguros S.A." en la medida del seguro; e imponer las costas de alzada al demandado y a la aludida entidad aseguradora, vencidos en esta segunda instancia (arts. 266, 267 y 68 primer párr., CPCC). ASI LO VOTO. A LA MISMA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Dr. TORRE adhirió al voto que antecede, aduciendo idénticos fundamentos. Con lo que finalizó el Acuerdo, dictándose la siguiente, SENTENCIA AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el precedente acuerdo ha quedado establecido que, con el alcance que surge de la votación sobre la primera cuestión, la sentencia definitiva apelada no se ajusta a derecho (art. 161 cláus. 3ª. inc. a, Const. Prov.; arts. 622 primer párr. 3ª. parte y 1078, Cód. Civil; arts. 7º primer párr., 768 inc.c, 1737, 1738, 1740, 1741 y 1746, Cód. Civil y Comercial; arts. 68 primer párr., 163 inc. 5º segundo párr., 165 tercer párr., 260 1ª. parte, 261, 266, 267, 278, 279, 289, 375, 384 y 456, CPCC). POR ELLO, se modifica la sentencia definitiva de fs. 486/502 con el alcance que surge de la votación sobre la primera cuestión del acuerdo, incrementándose los importes de los rubros relativos al lucro cesante y al daño moral a las respectivas sumas de \$ 312.000 (pesos trescientos doce mil) y de \$ 400.000 (pesos cuatrocientos mil); se declaran parcialmente desiertos los recursos de apelación interpuestos a fs. 509 y 505 en cuanto a la admisión del ítem daño físico y con respecto al monto de los gastos por traslado, honorarios médicos, estudios y farmacia; se deja establecido, por tanto, que el capital indemnizatorio total debido a la actora queda fijado en \$ 742.000 (pesos setecientos cuarenta y dos mil); se confirma la mencionada sentencia en lo que decide sobre la tasa de interés computable sobre dicho capital, aunque disponiendo que deberá utilizarse la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de los depósitos a plazo fijo a treinta días, durante los distintos períodos de devengamiento; se deja establecido, asimismo, que la sentencia dictada en el presente proceso será ejecutable contra la citada en garantía "Federación Patronal Seguros S.A." en la medida del seguro; y se imponen las costas de alzada al demandado y a la aludida entidad aseguradora, postergándose la regulación de los honorarios profesionales hasta la oportunidad en que se haya practicado la de los trabajos cumplidos en la instancia de origen. REG. NOT. DEV. 011286E